Das Deckungsverhältnis bei der Aufrechnung mit und gegen Schadenersatzforderungen

---

von

Wilhelm Hieber

aus Bayreuth

1966

1966 № 163

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535727_0026

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

Das Deckungsverhältnis bei der Aufrechnung mit und gegen Schadenersatzforderungen.

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Wilhelm H i e b e r
aus Bayreuth.

Referent: Professor Dr. Johannes H e r r m a n n .
Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1966.

M e i n e n E l t e r n

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ..... Seite I - VI

Einleitung ..... " 1

Kapitel 1: Vorfragen und Problemstellung

A. Ausgangsfall ..... " 3

B. Terminologie ..... " 4

C I 1) Die Begriffe Geldsummen- und Geldwertforderung ..... " 5

2) Fragestellung ..... " 7

II. Zur Gleichartigkeit von Geldwert- und Geldsummenforderungen ..... " 7

III. Die Frage nach dem maßgeblichen Deckungsverhältnis ist aus § 389 nicht zu beantworten ..... " 11

IV. Kann diese Frage aus der Ausgestaltung des Aufrechnungsvollzuges und der Aufrechnungswirkungen geklärt werden? ..... " 15

Kapitel 2: Das maßgebliche Deckungsverhältnis bei beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis und unveränderten Forderungen ..... " 19

I. Widerlegung der Meinung, daß die Aufrechnungslage die Forderungen erlöschen läßt u. die Aufrechnungserklärung nur deklaratorischen Charakter hat ..... " 19

II. Zur Ansicht, daß die Aufrechnungserklärung Bedingung der Aufrechnungswirkungen ist ..... " 24

1) Allgemeines zur Rückwirkung der Aufrechnung ..... " 24

2) Es kann sich bei der Aufrechnungserklärung nicht um eine Potestativbedingung ..... " 29

3) sondern nur um eine Rechtsbedingung handeln ..... " 3o

4) Widerlegung der Gegenansicht ..... " 31

III. Eigene Meinung

1 a) Die Aufrechnungslage tilgt die Forderungen nicht ..... Seite 49

b) Aufrechnungslage u. -erklärung müssen zusammenkommen; erstere gibt lediglich das Aufrechnungsrecht ..... " 5o

c) Die Rückwirkung der Aufrechnung beruht auf einer positiven Ausnahmebestimmung ..... " 53

d) Die Aufrechnungslage läßt die Forderungen unberührt ..... " 54

2) Maßgeblich ist das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungslage . " 56

3) Der nachträgliche Wegfall der Gegenforderung berührt nicht das Recht zur Aufrechnung ..... " 57

Kapitel 3:

I. Das Deckungsverhältnis bei beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis u. unterstellter Gleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderungen ..... " 61

1) Eine Geldsummenforderung kann steigen, jedoch nicht sinken ..... " 61

2) Die verschiedenen Entwicklungsmöglichkeiten sich gegenüberstehender Geldwert- u. Geldsummenforderungen (Übersicht I) ..... " 63

3)a) Einzelfälle ..... " 63

b) Ergebnis: keine Partei ist benachteiligt ..... " 66

c) Die Aufrechnung enthält immer ein "spekulatives Moment" ..... " 67

II. Das Deckungsverhältnis bei einseitiger Aufrechnungsbefugnis u. unterstellter Gleichartigkeit von Geldsummen- u. Geldwertforderungen ..... " 68

1) Einzelfälle ..... " 68

2) Die allein aufrechnungsberechtigte Partei wird bevorzugt, ... " 69

3) was aber nicht unbillig ist ..... " 7o

4) Die Unterscheidung von Geldsummen- u. Geldwertforderung u. die Verneinung deren Gleichartigkeit sind nutzlos ..... Seite 74

a) Darstellung der bekämpften Meinung ..... " 74

b) Fälle zum Gegenüberstehen von Geldwertforderungen ..... " 75

c) Ergebnis ..... " 8o

Kapitel 4: Das Deckungsverhältnis bei nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis ..... " 81

I. Das Deckungsverhältnis für die Gegenforderung ..... " 81

1) Die Rückwirkung führt zu unbilligen Ergebnissen, ... " 81

a) weil dem Aufrechnungsberechtigten die Aufrechnung versagt wird " 82

b) und der Schuldner ihn nicht zur Aufrechnung zwingen kann ..... " 83

2) Wegen des Grundgedankens von § 389 ist die Rückwirkung zu verneinen .. " 83

a) und zwar auch dann, wenn die Gegenforderung nach Eintritt der Aufrechnungslage verjährt ist .. " 84

II. Das Deckungsverhältnis für die Hauptforderung ..... " 86

1) Die Verneinung der Rückwirkung würde den durch sein alleiniges Aufrechnungsrecht Bevorzugten benachteiligen ..... " 86

2) Der Schuldner der Gegenforderung muß mit deren Anstieg rechnen ..... " 88

3) Absinken der Gegenforderung ..... " 89

4) Gegensätzliche Entwicklung der Forderungen ..... " 9o

5) Absinken beider Forderungen ..... " 91

6) Keine Übertragung dieser Grundsätze auf den Fall beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis ..... " 92

III. Zur Anwendung des günstigsten Deckungsverhältnisses ist keine besondere Parteierklärung nötig ..... " 97

Zusammengefaßtes Ergebnis: ..... " 98

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff	BGB, 21. Aufl. Berlin 1958
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 25. Aufl. München u. Berlin 1958
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und BGH., Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten u. Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1959 und 1960
Binder, Julius	"Rückwirkung der Aufrechnung" in: "Beiträge zur Auslegung des Bürgerl. Gesetzbuches", herausg. v. Bernhöft u. Binder (S. 23 ff.), Leipzig 1902
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. Berlin u. Frankfurt/M. 1957
derselbe	Studien zur Bedingungslehre, Berlin u. Leipzig 1939
Burchard-de Boor	Bürgerl. Recht, I. Allg. Teil u. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Wien 1930
Cleffmann, Otto	"Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden ?", Erlanger Dissertation, Wattenscheid 1903
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Band, 3. Aufl. Jena 1900
Cosack-Litteis	Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1. Band, 8. Aufl. Jena 1927
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Band, Tübingen u. Leipzig 1902
Dernburg, Heinrich	Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Band, 1. u. 2. Aufl. Halle 1899

Endemann, F.	Lehrbuch des BGB, Band I, 8. Aufl. Berlin 1903
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, I. Band, 2. Aufl. Marburg 1901, II. Bd., 15. Bearb. Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum BGB, 1. Band, 3. Aufl. Münster 1962
Esser, Josef	Schuldrecht, Allg. u. Bes. Teil, 2. Aufl. Karlsruhe 1960
Feder, Ernst	"Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreites" in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Stuttgart, Band 54 (1904), S. 434 ff.
Fitting, Hermann	Über den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856
Fürst	"Eine Beschränkung des Rechts der Kompensation durch den Entwurf des BGB" in: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin, Band 40 (1896), S. 322 ff.
Goldschmidt, Ludwig	"Die Rückwirkung des Kompensationsaktes. Ein Gütachten über den § 283 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches" in: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, Berlin 1890, Band 1, S.121 ff.
Greis, Bernhard	Wesen und Umfang der Rückwirkung im Recht des bürgerl. Gesetzbuches, Erlanger Diss., Lingen 1914
Grunsky, Wolfgang	"Die Rückwirkung der Aufrechnung" in: Juristische Schulung, München u. Berlin 1963, S. 102 ff.
Hasse	"Über die Compensation und ihre Liquidität" in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Heidelberg, Band 7 (1824), S. 145 ff.

Haudek, Wilhelm	s.v. "Kompensation" in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, herausg. v. Schlegelberger, Berlin 1936, Band V, S. 58 ff.
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Hellwig, Konrad	"Grenzen der Rückwirkung" in: Festschtift für die Jur. Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, Giessen 1907 (S. 21 ff.)
Henle, Rudolf	Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, II. Schuldrecht, Rostock 1934
Henn, Günter	"Aufrechnung gegen Fremdwährungsforderungen" in: Monatsschrift für deutsches Recht (MDR), Hamburg 1956, S. 584
von Hertzberg, Kurt	Die Aufrechnung des Bürgerl. Gesetzbuches: ein merum jus compensationis, Erlanger Diss., Berlin 1898
Huber	"Über den § 283 des Entw. I" in: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, Berlin 1890, Band II, S. 10 ff.
Kegel, Gerhard	Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit u. Liquidität, rechtsvergleichend dargestellt, Berlin und Leipzig 1938
Koban, Anton	Zwei Fragen aus dem Bürgerl. Recht, Innsbruck 1909
Kohler, J.	"Die Aufrechnung nach dem bürgerl. Gesetzbuche" in: Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Berlin, Band 24 (1898), S. 1 ff.
Kreß, Hugo	Lehrbuch des allg. Schuldrechts, München 1929
Krönig, Ernst	"Die Grenzen des Aufrechnungsverbotes des § 394" in: MDR 1952, S. 323

Lang, Georg	Das Aufrechnungsrecht nach bürgerl. Recht u. seine Wirksamkeit im Konkurs des Schuldners, Würzburger Diss., München 1906
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band: Allg. Teil, 5. Aufl., München u. Berlin 1962
Lehmann, Heinrich	Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
Leonhard, Franz	Die Aufrechnung, Göttingen 1896, zitiert: Aufrechnung
- derselbe -	"Aufrechnung gegen eine Nichtschuld" in: Archiv für Bürgerl. Recht, Berlin, Band 21 (1902), S. 171 ff., zitiert: Nichtschuld
- derselbe -	Allg. Schuldrecht des BGB, Band I, München u. Leipzig 1929, zitiert: Schuldrecht
Liebknecht, Karl	Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht, Würzburger Diss., Paderborn 1897, zitiert: Kompensation
- derselbe -	Vorbehaltszahlung u. eventualaufrechnung nach heute geltendem u. künftigem Reichsrecht, Berlin 1899
Lippmann	"Zur Lehre von der Compensation nach dem Entwurfe des bürgerl. Gesetzbuches" in: Jherings Jahrbücher, Jena, Band 32 (1893), S. 157 ff., zitiert: Kompensation
- derselbe -	"Rückwirkung u. Rechtsgeschäft der Aufrechnung" in: Jherings Jahrbücher, Jena, Band 43 (1901), S. 435 ff., zitiert: Rückwirkung
Marwitz, W.	s.v. "Aufrechnung" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band I, Berlin u. Leipzig 1926, S. 373

Matthiaß, Bernhard	Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 6. u. 7. Aufl. Berlin 1914
	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches, Band II Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin 1899
Oertmann, Paul	"Die rechtl. Natur der Aufrechnung" in: AcP, Tübingen, Band 113 (1915), S. 376 ff., zitiert: Aufrechnung
- derselbe -	in: Archiv für Bürgerl. Recht (AbR), Berlin, Band 13 (1897), S. 125 ff.
- derselbe -	in: AbR, Berlin, Band 14 (1898), S. 356
- derselbe -	BGB: Allg. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927, zitiert: Allg. Teil
- derselbe -	Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910, zitiert: BGB
- derselbe -	Die Rechtsbedingung (condicio iuris), Leipzig u. Erlangen 1924, zitiert: Rechtsbedingung
Palandt	Bürgerl. Gesetzbuch, 21. Aufl. München u. Berlin 1962
Prausnitz, Otto	Die Geschichte der Forderungsverrechnung (Aufrechnung, Kontokorrent, Skontration) vorwiegend nach niederländischen Rechtsquellen mit Beiträgen zur Geschichte des Handels-, Straf- u. Zivilprozeßrechts, Marburg 1928
	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB I, Berlin 1897
Reichel, Hans	"Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen" in AcP, Tübingen, Band 126 (1926), S. 313 ff.

Reinicke, G. und D.	"Zur Aufrechnung mit und gegen Schadenersatzforderungen" in: Neue Juristische Wochenschrift, München u. Berlin 1959 S. 361 ff.
Schlichting, Friedrich	Die Aufrechnung nach dem BGB, Rostocker Diss., Rostock 1901
Schollmeyer, Friedrich	Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, München 1900
Siber, Heinrich	Compensation und Aufrechnung, Leipzig 1899
Smoschewer, Fritz	"Aufrechnung von Valutaforderungen" in: Jur. Wochenschrift, Leipzig 1921, S. 1446
Soergel-Siebert	Bürgerl. Gesetzbuch, I. Band, Stand v. 1.6.1959, Stuttgart 1959
Stammler, Rudolf	Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehren, Berlin 1897
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin 1957
von Tuhr, Andreas	Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Band 2. Hälfte, München u. Leipzig 1918
Weigelin, Ernst	Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover 1904
Weismann, Jakob	"Die Aufrechnung nach dem Bürgerl. Gesetzbuche" in: Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Berlin, Band 26 (1899), S. 1 ff.
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Aufl. Frankfurt/M. 1906

Die Aufrechnung und wiederum zwei besondere Fragen derselben - nämlich die nach der Art und Weise ihres Vollzuges und die nach dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens - sind seit dem römischen Recht mit seinem berühmt-berüchtigten Satz vom "ipso iure compensari" (1) immer schon Gegenstand lebhafter wissenschaftlicher Erörterung und gar Auseinandersetzung gewesen. Die Literatur hierzu und die darin vertretenen Meinungen und Theorien haben einen Umfang erreicht, der kaum mehr zu überblicken und die zu sichten nachgerade zu einer Sisyphusarbeit geworden ist.

Der schon traditionelle Streit über Wesen, Vollzug und Wirkung dieses althergebrachten Rechtsinstituts hatte sich vor allem von neuem an den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich entzündet, die der Wissenschaft Anlaß gaben, alle bisherigen Erkenntnisse und Auffassungen nochmals kritisch zu durchleuchten und neue Ergebnisse zu gewinnen, um je nach dem die Entwürfe - und damit letzten Endes auch unser geltendes Recht der Aufrechnung - zu billigen oder für verbesserungswürdig zu erachten.

Nicht allzu lange nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 trat dann im Schrifttum die große Ruhe nach dem Sturm ein, die zahlreichen Monographien auf diesem Rechtsgebiet waren vorbei und lediglich noch etwa im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts stellten eine Reihe von Schriften eine Art Nachhall des vorausgegangenen Streites dar.

---

(1) Dernburg hat es "das große Rätsel der Kompensationslehre" (vgl. v. Hertzberg, S. 26) und Lippmann , Kompensation, S. 157, "das bekannte große Rätsel" genannt.

Allerdings hat es in der Zwischenzeit ebenfalls immer wieder Probleme auf dem Gebiet der Aufrechnung gegeben - man denke etwa an die Frage, ob die in § 387 BGB geforderte Gegenseitigkeit auch bei Forderungen von früheren Reichsgesellschaften und bei Schulden des ehemaligen Deutschen Reiches und umgekehrt gegeben sei (2) oder an die sich aus § 389 BGB ergebende Frage nach den Auswirkungen der Währungsreform von 1948 auf die sich aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen (3).

Eine im wesentlichen völlig neue Problemstellung wirft das noch verhältnismäßig junge Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17. April 1958 auf (4). Es soll zum Anlaß genommen werden, die Fragen zu untersuchen, die sich insbesondere in Fällen nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis mit und gegen Schadenersatzforderungen ergeben.

Zu ihrer Beantwortung wird es sich als notwendig erweisen, das bereits anderweitig über die Aufrechnung Erarbeitete in dem durch unsere Fragestellung abgegrenzten Rahmen zusammenfassend kritisch zu sichten. Trotz des kaum mehr übersehbaren Meeres an Schrifttum glaube ich eine Berechtigung hierzu in dem Umstand finden zu können, daß - soweit mir bekannt - dies in den letzten rund fünfzig Jahren nicht mehr geschehen ist (5).

Es geht mir dabei nicht um eine Vermehrung der übergenug vorhandenen Theorien und Meinungen (6), sondern um die

---

(2) Vgl. BGHZ 3, 316

(3) Vgl. BGHZ GSZ 2, 302

(4) AZ. II ZR 335/56; BGHZ 27, 123 = Juristenzeitung 1958, 504 mit Anmerkung von Lehmann.

(5) Von den reinen Kommentaren mit ihren meist nur spärlichen Stellungnahmen und einigen nicht sehr viel ausführlicheren Lehrbüchern einmal abgesehen.

(6) Die v. Hertzberg, S. 3, in den nur zu berechtigten Stoßseufzer ausbrechen lassen: "Welch ein Reichtum an Denkarbeit muß ..... auf die Ergründung des We-

Erarbeitung konkreter Lösungsvorschläge; denn man könnte sonst mit Leonhard (7) zu Recht fragen: "Welchen Zweck haben denn Ausführungen über das Wesen eines Rechtsinstitutes als den, eine Handhabe zur Entscheidung der praktischen Zweifelsfragen zu geben? Alle Wissenschaft dient der Anwendung, auch wo sie selbst die Folgerungen ihrer Sätze nicht zu ziehen hat".

K a p i t e l 1

A) Ausgangspunkt unserer Untersuchung soll mithin der Sachverhalt sein, wie er Gegenstand des ebengenannten BGH-Urteils war:

> "Der Beklagte hat mit einer Schadenersatzforderung gegen den Verwendungsanspruch des Klägers aufgerechnet. Die Schadenersatzforderung beruhte darauf, daß der Kläger unberechtigterweise Aktien des Beklagten veräußert hatte. Die Aktien waren seit der Veräußerung erheblich gestiegen. Die Parteien streiten sich über die Wirkung der Aufrechnung. Der Kläger ist der Auffassung, die beiderseitigen Forderungen seien in dem Umfang erloschen, in dem sie sich in dem Zeitpunkt gedeckt hätten, in dem sie einander gegenübergetreten seien. Der Beklagte vertritt die Ansicht, die Forderungen seien nur in dem Umfang getilgt, in dem sie sich zur Zeit der Aufrechnungserklärung gedeckt hätten.
> Die Aufrechnungsbefugnis stand ausschließlich dem Beklagten zu" (8).

---

sens der Aufrechnung schon verwendet worden sein, welch eine Fülle von Irrungen muß aber auch den Kern ihres Wesens verschleiern! Und doch hat einst ..... Papinianus der Orientale ..... die Kompensation ein der Billigkeit entstammendes, lauteres Recht genannt. Ein lauteres Recht in einem Meer von Zweifeln?"

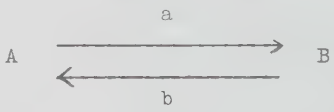
(7) Aufrechnung, S. 1. Diese allgemeinen Ausführungen Leonhards über den Sinn wissenschaftlicher Arbeit sind wirklich lesens- und beherzigenswert!

(8) Ungekürzt aus der amtlichen Sammlung zitiert (BGHZ 27, 123).

B) Zunächst sind die in dieser Arbeit durchgehend verwendeten Begriffe für die Aufrechnung festzulegen.

Der Bundesgerichtshof hat in dem oben mitgeteilten Urteil die bisher fast einhellig gebrauchte Terminologie leider verlassen. Bezeichnet man sonst nämlich ganz überwiegend die Forderung des Gläubigers gegen den aufrechnenden Schuldner als die "Hauptforderung" und die Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger, mit der aufgerechnet wird, als "Gegenforderung" (9), so spricht das genannte Urteil von der (Haupt-) Forderung des Gläubigers (Klägers) als von der "Gegenforderung" (1o).

Wenn auch an den vorherrschenden Bezeichnungen grundsätzlich festgehalten werden soll, so werden zur Vereinfachung die beiden Parteien "A" und "B" und die dem A gegen B zustehende Forderung mit "a", die dem B gegen A zustehende entsprechend mit "b" bezeichnet werden:



---

(9) Staudinger-Werner, Vorb. I 1 vor § 387; BGB-RGRK (Löscher), Vorb. I Anm. 1 vor § 387; Palandt-Danckelmann, § 387 Anm. 6,7; ebenso offenbar Achilles-Greiff (Kieckebusch), § 387 Anm. 1. - Das Gesetz selbst nennt in § 145 Abs. 3 ZPO die Schuldnerforderung "Gegenforderung".- Teilweise wird die Forderung, mit der aufgerechnet wird, auch als Aufrechnungs- (so Kohler, Esser) oder Aktivforderung (so Lang, Henle, Larenz, Cosack), die Forderung des Gläubigers, gegen die aufgerechnet wird, auch als Passivforderung bezeichnet (Cosack, Lang, Leonhard, Feder).

(1o) Ebenso Cleffmann, S. 13; Crome, S. 288 FN 3; Cosack-Mitteis, S. 467. - Diese bezeichnen wie der BGH offenbar immer vom Standpunkt des aufrechnenden Schuldners aus gesehen die diesem entgegenstehende Forderung als "Gegenforderung".

C I 1) Da Schadenersatzforderungen im Mittelpunkt unserer Untersuchung stehen werden, bedarf es als erstes der Klärung, worauf sie gerichtet sind; denn § 387 (11) verlangt als Voraussetzung für die Aufrechnung unter anderem, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen gleichartig sind.

Ob nun diese Gleichartigkeit vorliegt, ist fraglich, wenn die eine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag (12) gerichtet ist, die andere aber einen Schadenersatzanspruch zum Inhalt hat. Letzterer geht, wie Grunsky zu Recht betont (13), grundsätzlich auf Naturalrestitution, § 249. Er kann sich aber unter den Voraussetzungen der §§ 25o, 251 in einen Anspruch auf Geld umwandeln (14).

Es soll hier unterstellt werden, daß sich der somit zunächst auf Naturalrestitution gerichtete Schadenersatzanspruch in einen Anspruch auf Geld verwandelt hat (15).

---

(11) Paragraphen ohne Zusatz sind solche des BGB.

(12) Z. B. der Anspruch des Klägers auf Verwendungsersatz im oben mitgeteilten Fall BGHZ 27, 123.

(13) Seite 1o3.

(14) Also nach ergebnislosem Ablauf einer vom Schadenersatzgläubiger zur Vornahme der Naturalrestitution gesetzten Frist oder wenn die Naturalrestitution unmöglich oder ungenügend ist.

(15) Darüber, daß - wie in BGHZ 27, 123 - der etwa aus dem widerrechtlichen Verkauf von Wertpapieren dem aufrechnenden Schadenersatzgläubiger erwachsende Schadenersatzanspruch zunächst nur auf Lieferung wenn schon nicht der verkauften Exemplare selbst - was regelmäßig unmöglich wäre ! - , so doch auf Papiere gleichen Nennwerts desselben Unternehmens gerichtet ist, vgl. Grunsky, S. 1o3. Dieser wendet sich zu Recht gegen die Rechtsprechung (vgl. denselben, S. 1o3 FN 9), wonach Gleichartigkeit auch dann bejaht wird, wenn einer reinen Geldforderung eine Forderung auf Leistung marktgängiger Wertpapiere gegenübersteht, indem er zutreffend zu bedenken gibt, daß die eindeutige Regelung der §§ 249 ff. nicht dadurch umgangen werden darf, daß man Gleichartigkeit im Sinne von § 387 annimmt.

Stehen sich also Geldforderungen gegenüber, so ist damit doch noch nichts über ihre Gleichartigkeit gesagt; denn bei dem Schadenersatzanspruch, der sich von einem Anspruch auf Naturalrestitution in einen solchen auf Geld umgewandelt hat, ist "die Zahlung einer Geldsumme nur Mittel zur Erfüllung des geschuldeten Wertausgleichs; die Höhe der Summe wird durch den Betrag bestimmt, der für den Wertausgleich erforderlich ist" (16). Der Schadenersatzanspruch "hat zwar auch eine Leistung von Geld zum Gegenstand und ist daher ebenfalls eine Geldforderung. Aber der Umfang der Leistung wird hier nicht durch die Währungseinheit, sondern durch einen anderen Maßstab, wie z. B. den Preis einer Ware bestimmt" (17).

Hierfür hat sich die Bezeichnung "Geldwertschuld", bzw. "Geldwertforderung" eingebürgert als Gegensatz zur sogenannten "Geldsummenschuld", bzw. "Geldsummenforderung", unter der man eine Geldschuld oder -forderung versteht, "die die Zahlung eines bestimmten, in einem Vielfachen der Währungseinheit ausgedrückten Betrages zum Inhalt hat"(18). Zu den Geldwertforderungen gehören vor allem die auf Geld gerichteten Schadenersatzansprüche, insbesondere der Geldersatzanspruch aus § 249 Satz 2 und der Entschädigungsanspruch aus § 251 Abs. 1 (19).

Daraus geht hervor, daß die Geldwertforderung ihrer Höhe nach vom jeweiligen Wert derjenigen Sache abhängt, für deren Beschädigung, Beeinträchtigung, Entziehung, Zerstörung usw. Schadenersatz verlangt werden kann, bzw. geleistet werden muß, also etwa vom Kurswert bestimmter Wertpapiere. Die Geldwertforderung ist somit im Gegensatz zur

---

(16) BGB-RGRK (Nastelski), § 244 Anm. 17, unter Berufung auf BGH GSZ 11, 156; RGZ 165, 3 und 162, 178.

(17) BGB-RGRK (Nastelski), § 244 Anm. 15.

(18) Siehe oben FN 17; Esser, S. 152 u. a.

(19) Siehe oben FN 16.

Geldsummenforderung (2o) nicht auf einen festen Geldbetrag fixiert, sondern kann sich vielmehr ihrer Höhe nach sowohl nach unten als auch nach oben hin (21) ändern.

2) Hieraus ergibt sich die Fragestellung: nämlich

1. Sind Geldwert- und Geldsummenforderungen gleichartig (22) und damit zur Aufrechnung geeignet

   und

2. welches Deckungsverhältnis (23) ist für den Fall einer Veränderung der Geldwertforderung maßgebend: das zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage (24) oder zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung?

II 1) Was nun die zunächst in Frage stehende Gleichartigkeit anlangt, so sagt das Gesetz über diesen Begriff weiter nichts aus, als daß eben die Leistungen "ihrem Gegenstand nach gleichartig" sein müssen, § 387. Wenn auch Geldsummen- und Geldwertforderung auf den gleichen Gegenstand gerichtet sind, nämlich Geld, so kann aus dem Gesetzeswortlaut doch nicht auf die Gleichartigkeit der Forderungen geschlossen werden; denn ausweislich der Motive zum

---

(2o) Die Geldsummenforderung kann sich natürlich durch Verzugsschäden, Konventionalstrafen oder Zinslauf ändern. Diese Veränderlichkeit haftet aber nicht der Forderung als solcher an, sondern ist Folge anderweitiger Ursachen, etwa der Vereinbarung oder Anwendung eines bestimmten Zinssatzes, des Hinzukommens der Verzugsvoraussetzungen usw.

(21) Siehe den Tatbestand von BGHZ 27, 123: o. S. 3.

(22) Gleichartigkeit bejahen Achilles-Greiff (Mieckebusch), § 387 Anm. 1 b, die auf die Problematik des Gegenüberstehens von Geldsummen- und Geldwertforderungen überhaupt nicht eingehen. Die 21. Auflage (1958) ist allerdings vor dem Aufsatz von G. u. D. Reinicke erschienen, die erstmals diese Frage anschneiden. - Ebenso offenbar v. Hertzberg, S. 21; Schlichting, S. 36; Lang, S. 15; Dernburg, S. 287; Schollmeyer, S. 331, die z. T. ohne Differenzierung beim Gegenüberstehen von Geldforderungen Gleichartigkeit annehmen, ob auch Weigelin, S. 1o7, ist unklar. Jedenfalls beruft er sich aber wie v. Hertzberg auf ROHG 7, 2o, vgl. Weigelin, S. 1o4.

(23) Das Verhältnis der beiden Forderungen ihrer Höhe nach zueinander zu einem bestimmten Zeitpunkt.

BGB hat der Gesetzgeber lediglich klarstellen wollen, daß es gleichgültig sei, "ob die beiderseitigen Forderungen auf demselben oder verschiedenen Rechtsgrunde beruhen" (25).

2) G. und D. Reinicke führen unter Berufung auf Erman-Westermann (26) aus (27), daß die Gleichartigkeit auch deshalb vom Gesetz gefordert werde, um Schwierigkeiten zu vermeiden, da bei der Aufrechnung mit ungleichartigen Forderungen oder gegen solche oft nicht feststünde, in welchem Umfang die einander gegenüberstehenden Forderungen getilgt wären. Ihnen ist beizupflichten, daß bei unserer Fragestellung dieser Gesichtspunkt nicht zur Bejahung der Ungleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderung berechtigt, da eine Umrechnung bei der Tilgung einer Geldwertforderung stets notwendig ist.

3) Ebensowenig kann uns der Zweck des Erfordernisses der Gleichartigkeit, die ratio legis, eine Antwort geben.

Die heiß umstrittene Frage nach dem Zweck und der Rechtsnatur der Aufrechnung (28) können wir hier außer Acht

---

(24) Der Zeitpunkt, zu dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenübergetreten sind, vgl. § 387.

(25) Motive II, S. 105. - Selbst wenn man diesen aber mehr entnehmen wollte, so sind doch Motivation und Meinung des Gesetzgebers nicht bindend, vgl. Feder, S. 456; Koban, S. 1; Leonhard, Schuldrecht, S. 1.

(26) 2. Auflage (1958), § 387 Anm. 3.

(27) S. 362 l. Sp.

(28) Es werden beispielsweise (vgl. auch Oertmann, Aufrechnung, S. 376 ff. und BGB, Vorb. 3 vor § 387, sowie Leonhard, Nichtschuld, S. 206 ff.) folgende Ansichten von der Rechtsnatur und dem Zweck der Aufrechnung vertreten:
Anweisung an sich selbst (Kohler, S. 2 ff.);
Tilgungsgrund sui generis, der "aus anderen juristischen Kategorien nicht erklärbar ist" (Liebknecht, S. 107; Schlichting, S. 77; Lang, S. 68; Oertmann, BGB, Vorb. 4 vor § 387);
Pfandrecht an der eigenen Schuld (Weigelin, S. 38 ff.);

lassen; denn es steht jedenfalls fest, daß die Aufrechnung - wenn schon nicht Zahlung - so doch zumindest ein Erfül-

---

ein an Stelle der Zahlung getretener Erlaß oder eine in solutum datio, analog der Zahlung (Liebknecht, Kompensation, S. 25). -
Der Gläubiger erlangt Befriedigung ohne Willen des Schuldners (Weismann, S. 9);
Zwangsverwertungsrecht (Leonhard, Nichtschuld, S. 2o8: Tilgungsakt der Passiv- und Vollstreckungsakt der Aktivforderung; Oertmann, BGB, Vorb. 4 vor § 387; Feder, S. 49o, 497: als Handlung eines Schuldners Befriedigung des Gläubigers durch einseitige Befreiung von einer Schuld, als Handlung eines Gläubigers Selbstbefriedigung durch zwangsweise vorgenommene Verwertung einer Forderung des Schuldners; BGB-RGRK (Löscher), Anm. 1 vor § 387: von der Schuld des Aufrechnenden her gesehen eine dem Gläubiger aufgezwungene Befriedigung durch Aufopferung der Gegenforderung, von der Forderung des Aufrechnenden her gesehen Akt der Selbstbefriedigung durch Selbsthilfezugriff auf die Hauptforderung; ebenso Palandt-Danckelmann, § 387 Anm. 1); vorzugsweises Zugriffsrecht (Kreß, S. 552); oktroyierte Erfüllung, aber keine Selbstexekution, auch defensiver Rechtsbehelf (Fürst, S. 322, 323).

Heute kann man einen kombinierten Befreiungs- und Befriedigungszweck der Aufrechnung, oft verbunden mit dem Sicherungszweck für die eigene Forderung als vorherrschende und m. E. wohl auch zutreffende Meinung betrachten (Esser, S. 3o8; Blomeyer, S. 27o; Enneccerus-Lehmann, S. 276: Tilgungs- und Durchsetzbarkeitserleichterung, ebenso Larenz, S. 3o3, 3o4; Heck, S. 188; Soergel-Siebert (Schmidt), Vorb. 1 vor § 387; Erman-Westermann, Vorb. 1 vor § 387, betont Selbstbefriedigung, Koban, S. 3, daß der Schuldner in erster Linie in der eigenen Verbindlichkeit eine Deckung für seine Forderung hat. Oertmann, Aufrechnung, S. 411, sieht in der Aufrechnung keinen Akt der Eigenbefriedigung, sondern einen solchen der Leistung).

Vgl. zu vorstehendem auch Kegel, S. 56, 58, der es der Partei überläßt, welchen Zweck sie mit der Aufrechnung verfolgt, da die Aufrechnung verschiedenen Zwekken dienstbar gemacht werden könne (ablehnend Oertmann, Aufrechnung, S. 413).

lungssurrogat (29) ist, dessen rechtliche, wenn auch nicht immer wirtschaftliche (3o) Folgen der Zahlung gleichzustellen sind (31).

Deswegen braucht sich der Gläubiger einer Forderung keine andere Leistung aufdrängen zu lassen als eine solche, auf die er Anspruch hat (32). Da bei der Geldwert- und Geldsummenforderung beidemal der Anspruch auf Geld gerichtet ist, ergibt sich hieraus nichts gegen die Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen.

4) Auch der mit dem Rechtsinstitut der Aufrechnung vom Gesetzgeber zumindest mitbezweckte Erfolg (33), ein unwirtschaftliches Hin- und Herschieben der beiderseits geschuldeten Leistungen und damit einen "wirtschaftlich völlig zwecklosen Umsatz", eine "Vergeudung von Kraft und Zeit" zu ersparen (34), zwingt in unserem Fall nicht zur Vernei-

---

(29) Enneccerus-Lehmann, S. 276; Esser, S. 3o8; Liebknecht, S. 111, und Kompensation, S. 37; BGB-RGRK (Löscher), Anm. 1 vor § 387; Palandt-Danckelmann, § 387 Anm. 1; Soergel-Siebert (Schmidt), Vorb. 1 vor § 387; Erman-Westermann, Vorb. 1 vor § 387; Fürst, S. 322, 323; Lehmann, JZ 1952 S. 289 u.v.a.

(3o) Es kann für den Gläubiger durchaus bedeutungsvoll, ja unter Umständen lebensnotwendig sein, statt im Wege der Aufrechnung Befreiung von der eigenen Schuld die ihm geschuldete Leistung tatsächlich zu erlangen, vgl. auch Dernburg, S. 282, 283; Kegel, S. 6o; Oertmann, Aufrechnung, S. 411.

(31) Das Gesetz behandelt denn auch die Aufrechnung gleich der Erfüllung als einen Erlöschensgrund für die Forderungen; vgl. die Systematik des 3. Abschnittes (Überschrift: "Erlöschen der Schuldverhältnisse") des 2. Buches.

(32) Grunsky, S. 1o4 l. Sp.; Siber, S. 1o9.
G. und D. Reinicke, S. 362 l. Sp., bringen als Beispiel den Fall, daß dem Gläubiger einer effektiven Valutaforderung gegenüber nicht mit einer Forderung in inländischer Währung aufgerechnet werden kann (vgl. aber andererseits § 244).

(33) BGB-RGRK (Löscher), Anm. 1 vor § 387; Kegel, S. 53 (auch für das französische Recht); Palandt-Danckelmann, § 387 Anm. 1; Heck, S. 181; Oertmann, Aufrechnung, S. 411; Lehmann, JZ 1952 S. 289; Grunsky, S. 1o4; Dernburg, S. 282, 283, der wie Weismann, S. 2, und Ke-

nung der Gleichartigkeit, da eben beide Forderungen einen Geldanspruch zum Inhalt haben (35).

5) G. und D. Reinicke sind nun der grundsätzlich auch von Grunsky (36) vertretenen Meinung, daß das gesetzliche Erfordernis der Gleichartigkeit ferner zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Aufrechnungsgegners aufgestellt worden sein könnte (37) und daß daher einer Verneinung der Gleichartigkeit der Forderungen nichts entgegenstehe, wenn deren Bejahung zu unbilligen oder unannehmbaren Ergebnissen führe.

Wenn man sich dieser Erwägung anschließt (38), so haben wir zu prüfen, ob wir - je nachdem die Gleichartigkeit bejaht oder verneint wird - derartige unbillige Ergebnisse erhalten werden, die es unter Umständen geboten erscheinen lassen, eine Gleichartigkeit zwischen Geldsummen- und Geldwertforderung nicht anzunehmen.

III. Diese Prüfung setzt voraus, daß wir uns zunächst darüber im klaren sind, welches Deckungsverhältnis maßgebend ist.

1) Die Frage nach dem zugrundezulegenden Deckungsverhältnis ist freilich unproblematisch, wenn wir mit G. und D. Reinicke (39) die Gleichartigkeit der sich gegenüberste-

---

gel, S. 58, auch den alten Rechtsgedanken des "dolo facit, qui petit, quod redditurus est" (l. 8 pr. D. de doli mali exceptione 44, 3) hierfür als Rechtfertigung heranzieht.
Weigelin, S. 25, und Koban, S. 3, betrachten die Ersparung nutzlosen Hin und Hers als bloßen Nebenzweck.

(34) V. Hertzberg, S. 7, 8.

(35) Grunsky, S. 1o4.

(36) S. 1o4 l. Sp. u.

(37) S. 362 l. Sp. u.

(38) Es bestehen allerdings Bedenken, ob es ohne weiteres zulässig ist, aus bloßen Rechtsfolgen, zumindest aber aus letzten Endes so verschwommenen und rechtlich wenig greifbaren Folgerungen wie denen eines "unbilligen" oder "unannehmbaren" Ergebnisses eine rechtliche Voraussetzung für den Eintritt eben dieser Folgen klären zu wollen. Wir werden jedoch später sehen, daß es eines Eingehens hierauf nicht bedarf.

(39) S. 362.

henden Geldwert- und Geldsummenforderung verneinen. Dann sollen nämlich die Forderungen erst mit dem Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gleichartig und demzufolge aufrechenbar werden; denn die Aufrechnung wirke wie die Zahlung und dadurch werde ein "Erstarren" der veränderlichen Geldwertforderung zu einer Geldsummenforderung in dem Augenblick herbeigeführt, in dem sie getilgt werde. Da die Aufrechnung gemäß § 389 auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zurückwirke, die Forderungen aber erst durch die Aufrechnungserklärung gleichartig und damit aufrechenbar würden - die Aufrechnungslage mithin erst zu diesem Zeitpunkt einträte - , könne nur das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungserklärung entscheidend sein, die Frage nach der Rückwirkung tauche überhaupt nicht auf(4o).

Zu diesem Ergebnis, das sich hinsichtlich der Begründung, nicht aber in der Folgerung von dem vorher ergangenen BGH-Urteil vom 17. 4. 1958 - BGHZ 27, 123 - unterscheidet (41), kommen G. und D. Reinicke auf Grund ihrer Ansicht, daß die Annahme der Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Geldsummen- und Geldwertforderung zu unbilligen Ergebnissen führe, wenn nur eine der beiden Parteien aufrechnen könne.

Es ist daher erforderlich, daß wir zur Überprüfung dieser Meinung, die so angesehene Anhänger gefunden hat (42)

(4o) Dieser Gedanke klingt bereits bei Crome, S. 292, an: "Die Gleichartigkeit muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen, ob der Schuldinhalt von Anfang an gleichartig war, ist unerheblich, z. B. die Forderung verwandelt sich in eine solche auf Geldersatz. Doch besteht die Aufrechenbarkeit erst von der Gleichartigkeit der Forderungen an; denn erst von da an kann von einer Zurückdatierung des Effekts die Rede sein". - Im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, ebenso: BGHZ 27, 123, zustimmend Lehmann, JZ 1958 S. 5o4, und Esser, S. 312.
Zustimmend zu G. und D. Reinicke: BGB-RGRK (Löscher), § 387 Anm. 2o; Palandt-Danckelmann, § 387 Anm. 5 a.E. und § 389 Anm. 1; Erman-Westermann, § 389 Anm. 2; Larenz, S. 31o Anm. 4. - Ablehnend bislang lediglich Grunsky.

(41) Die Argumentation des BGH wird noch zu erörtern sein.

(42) Vgl. die oben in FN 4o Genannten.

feststellen, welches Deckungsverhältnis bei Unterstellung der Gleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderung denn eigentlich entscheidend ist.

2) Dies ist letzten Endes die Frage nach dem Umfang der in § 389 vorgesehenen Rückwirkung der Aufrechnungserklärung (43).

Nach § 389 bewirkt die Aufrechnung, "daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind". G. und D. Reinicke stellen hier mit Recht die Frage (44), ob man nicht schon aus dem bloßen Wortlaut des Gesetzes den Schluß ziehen könne, daß das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungserklärung entscheidend sei; denn das Gesetz verwendet hier das Präsens ("soweit sie sich decken"), statt davon zu sprechen, daß die Forderungen als erloschen gelten, "soweit sie sich gedeckt haben". Sie verweisen aber zutreffend auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung (45), die sich im Ergebnis mit § 283 des Entwurfes I deckt (46).

Der Gesetzgeber hat nämlich durch den fraglichen Nebensatz - "soweit sie sich decken" - einmal nur die (sowieso selbstverständliche) Folge klarstellen wollen, daß die Forderungen lediglich in der Höhe getilgt werden, in der sie sich decken, und zum andern, daß auch eine "Teilaufrechnung" statthaft ist, d. h. die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, die geringer ist als die Hauptforderung. Einer solchen ausdrücklichen Zulassung der Teilaufrechnung bedurfte es im Hinblick auf die Bestimmung des § 266, der Teillei-

---

(43) Leonhard, Nichtschuld, S. 180 ff., und Schuldrecht, S. 625, erkennt die Rückwirkung nicht als den leitenden Grundsatz in § 389 an.

(44) S. 362 r. Sp. u.

(45) Motive II, S. 108.

(46) § 283 des Entwurfes I: "Die Aufrechnung bewirkt, daß die beiderseitigen Forderungen in dem sich deckenden Betrage mit dem Zeitpunkt als erloschen gelten, in welchem sie als zur Aufrechnung geeignet sich gegenübergetreten sind".

stungen ausschließt (47).

3) Man muß G. und D. Reinicke ferner auch darin beipflichten, wenn sie der Meinung sind (48), man könne aus dem in § 389 niedergelegten Grundsatz der Rückwirkung der Aufrechnung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage nicht zugleich den - an und für sich naheliegenden - Schluß ziehen, es sei dann auch das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungslage entscheidend. Sie weisen mit Recht darauf hin, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen nur in dem Umfang, in der Höhe, als rückwirkend erloschen gelten, soweit die Aufrechnung reicht, was aber eben das hier zu entscheidende Problem ist (49).

Es ergibt sich dann allerdings zwangsläufig die Frage, welchen Sinn die Rückwirkung denn eigentlich noch haben kann, was sozusagen für sie "noch übrigbleibt", wenn zwar die Aufrechnung auf den Zeitpunkt des Eintretens der Aufrechnungslage zurückwirken, unter Umständen aber nicht dieses Deckungsverhältnis, sondern das zur Zeit der Aufrechnungserklärung maßgebend sein soll.

Dieser Zweifel über den dann noch verbleibenden Nutzen der Rückwirkung behebt sich jedoch, wenn man sich folgenden Fall vor Augen hält: A hat am 1. 1. eine Geldsummenforderung a in Höhe von 1000; sein Schuldner B kommt damit in Verzug, wodurch dem A ein Schaden von 500 erwächst. B hat seinerseits am 1. 1. eine Geldwertforderung b von ebenfalls 1000, die sich - etwa durch Kurssteigerungen - um

---

(47) Vgl. zur Teilaufrechnung auch Lippmann, Kompensation, S. 246. - Auf Grund seiner besonderen Auffassung von der Wirkung der Aufrechnungserklärung (s. u. FN 186) sieht v. Hertzberg, S. 37, keine Ausnahmebestimmung in dieser Zulassung einer Teilaufrechnung.

(48) S. 363 l. Sp.

(49) Schon Cleffmann, S. 10, und Weismann, S. 29, bemerken, daß § 389 von der Zurückdatierung nur der Wirkungen der Aufrechnung spreche. Vgl. auch die unten in FN 156 Genannten.

1000 auf somit 2000 erhöht. Mit dieser rechnet er jetzt auf.

Die Rückbeziehung der Aufrechnungserklärung hat, wie noch nachgewiesen werden wird, die Folge, daß von dem Eintreten der Aufrechnungslage an beispielsweise der Verzugsschaden wieder entfällt, die Frage der Gleichartigkeit außer Acht gelassen. Dann würde, legte man das Deckungsverhältnis bei der Aufrechnungserklärung - Gleichartigkeit unterstellt - der um den Verzugsschaden verminderten Forderung a (1500 - 500 =) 1000 die um die Kurssteigerung erhöhte Forderung b (1000 + 1000 =) 2000 entgegenstehen.

Man kann hier für b aber nicht den Schluß ziehen, daß, weil § 389 ja Rückwirkung anordne, die Forderung b dann - da sie als zur Zeit des Eintretens der Aufrechnungslage getilgt gilt (soweit sich a und b decken) - auch nicht mehr hätte steigen können; denn dies wäre ein Zirkelschluß, da die Frage nach dem maßgeblichen Deckungsverhältnis erst zu klären ist (5o).

IV. Da mithin nicht ersichtlich ist, welches Dekkungsverhältnis zugrundegelegt werden soll, erhebt sich die Frage, ob das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage oder das bei Abgabe der Aufrechnungserklärung maßgeblich ist, falls das Gesetz der Aufrechnungslage oder der Aufrechnungserklärung größere Bedeutung beimißt. deutung beimißt.

1) Zur rechtlichen Ausgestaltung des Vollzuges und der Wirkungen der Aufrechnung gibt es grundsätzlich folgende Möglichkeiten (51):

(5o) Daß ein solches Ergebnis u. U. geboten sein kann, werden wir noch sehen, vgl. auch Feder, S. 477, und Binder, S. 26 ff. Ob Weigelin. S. 163. eine solche Möglichkeit verneinen wollte, wenn er lediglich sagt, daß die Beredhnung der beiderseitigen Forderungen nach ihrem Nennwert erfolgt, ist mit Sicherheit auszuschließen. Siehe auch Leonhard, Aufrechnung, S, 182.

(51) Vgl. zum folgenden auch Greis, S. 63, 64; Weigelin, S. 6, 7; Liebknecht, Kompensation, S. 25; Oertmann, BGB, Vorb. 3 vor § 387, und Leonhard, Aufrechnung, S. 4 ff.

1) Die zur Aufrechnung geeigneten Forderungen erlöschen ohne weiteres von selbst beim Eintritt der Aufrechnungslage (52).

2) Zur Aufrechnungslage muß die Aufrechnungserklärung kommen. Die Forderungen werden aber schon durch ihr bloßes Gegenübertreten dergestalt beeinflußt, daß entweder

   a) die Aufrechnungserklärung nur noch zur Klarstellung des bereits eingetretenen Tilgungserfolges dient, also lediglich deklaratorischen Charakter hat

   oder

   b) die Aufrechnungslage bereits die Forderungen bedingt durch die Aufrechnungserklärung tilgt.

3) Einzig die Aufrechnungserklärung vollzieht die Aufrechnung, aber mit Wirkung vom Eintritt der Aufrechnungslage an.

4) Die Aufrechnungserklärung läßt die Forderungen erst mit dem Augenblick ihrer Abgabe erlöschen.

---

(52) Diesen Sinn legte man lange Zeit dem "ipso iure compensari" der römischen Quellen bei (vgl. oben FN 1), wohl zu Unrecht: vgl. z. B. nur Kegel, S. 9; Koban, S. 12 ff.; Feder, S. 44o ff.; Kohler, S. 2; Enneccerus-Lehmann, S. 277. Zur Geschichte dieser Auffassung siehe auch Feder, S. 438 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

Eine eigentümliche Auslegung des "ipso iure" gibt v. Hertzberg (vgl. unten FN 186).

Es ist heute noch die Regelung für das französische Recht, vgl. CC Art. 129o, deren Einführung in das deutsche Recht Huber, S. 16, vorschlägt, "um die immerhin bedenkliche Fiktion" (sc. der Rückwirkung in § 389, s. u.) zu vermeiden. Aber französische Rechtsprechung und Rechtslehre haben aus CC Art. 129o, 1294 den Schluß gezogen, daß die Aufrechnung sich zwar ohne Wissen, nicht aber gegen den Willen der Beteiligten vollziehen kann. Der Schuldner muß daher die Aufrechnung geltend machen, damit sie beachtet wird: "opposer la compensation", sie wird im Prozeß nur auf dieses Vorbringen hin berücksichtigt. Vgl. Haudek, S. 63, 64.

Klare und übersichtliche Verhältnisse werden durch die Möglichkeiten 1) und 4) geschaffen, da sich insbesondere keine Rückwirkungsprobleme ergeben (53).

2) Nun ist jedoch die besondere wirtschaftliche und die sich daraus ergebende psychologische Situation der Parteien zu bedenken, wenn die Forderungen in aufrechenbarer Weise gegenübertreten und die Aufrechnungsbefugnis jedem von ihnen zusteht.

Dann stellt sich für die beiden Parteien die Lage so dar, daß der eigenen Forderung eine Schuld gegenüber dem Gläubiger eben dieser eigenen Forderung entgegensteht. Es darf also jede der aufrechnungsberechtigten Parteien das Bewußtsein haben, "daß sie im Grunde nichts mehr zu leisten braucht" (54), selbstverständlich nur, soweit sich die Forderungen decken. "Wer zwar schuldet, aber weiß, daß er aufrechnen kann, betrachtet sich wirtschaftlich nicht mehr als Schuldner und wer eine durch Aufrechnung tilgbare Forderung hat, fühlt sich nicht mehr als Gläubiger" (55). Dieses Bewußtsein führt dazu, daß "der Schuldner, der eine aufrechenbare Gegenforderung zusteht, keine Veranlassung hat, sie im Wege der Aufrechnung geltend zu machen, weil er in dem Betrage, den er seinerseits dem Gläubiger schuldet, Dekkung in den Händen hat. ..... Eine Veranlassung zur Aufrechnung hat der Schuldner erst dann, wenn der Gläubiger seinerseits mit seinen Ansprüchen hervortritt" (56). "Danach

---

(53) Zur Ausgestaltung der Aufrechnung im römischen Recht vor allem Siber, S. 1 bis 81; v. Hertzberg, S. 17 ff.; Leonhard, Aufrechnung, S. 9 bis 143; Enneccerus-Lehmann, S. 277;
für das Allgemeine Landrecht vgl. Greis, S. 64, auch Liebknecht, Kompensation;
für das anglo-amerikanische Recht: Enn.-Lehmann, S. 278 FN 3 (auch für Italien und Frankreich), vor allem (unter besonderer Berücksichtigung von Gegenseitigkeit und Liquidität) rechtsvergleichend Kegel. - Zur Geschichte siehe ferner Pranisnitz.

(54) Heck, S. 182.

(55) Enn.-Lehmann, S. 286. Darauf weist schon Hasse, S. 156, hin.

(56) Mugdan, S. 561.

aber pflegt er zu handeln: er sorgt als Schuldner nicht mehr um Zinsen, Konventionalstrafen und Verzug, er fürchtet als Gläubiger nicht mehr, daß seine Forderung verjährt usw. Als schwere Unbilligkeit und Ungerechtigkeit müßte er es also empfinden, wenn alle Nachteile, welche seine bereits aufrechenbare und daher als nicht vorhanden angesehene Schuld oder Forderung vor der Aufrechnungserklärung getroffen haben, auch nach erklärter Aufrechnung bestehen blieben" (57).

Eben dieser besonderen Lage Rechnung tragend, hat der Gesetzgeber, "um den Anforderungen des praktischen Lebens und des Verkehrs zu genügen" (58), sich dafür entschieden, daß die Aufrechnung "durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile" (59) mit der in § 389 bestimmten Wirkung vollzogen wird. Daß jedoch aus § 389 noch nicht auf das maßgebliche Deckungsverhältnis geschlossen werden kann, wurde bereits oben gezeigt.

3) Es steht also fest, daß auf Grund des Erfordernisses einer Aufrechnungserklärung und der in § 389 angeordneten Rückwirkung die Möglichkeiten 1) und 4) - siehe oben Seite 16 - der geltenden gesetzlichen Regelung nicht entsprechen. Ob aber das BGB sich für die Möglichkeiten 2) oder 3) entschieden hat, ist damit noch nicht geklärt.

---

(57) Enn.-Lehmann, S. 286.

(58) Motive II S. 1o9.
Huber weist auf S. 12-15 an Hand zahlreicher Beispiele die Richtigkeit der Meinung der Motive zum BGB nach, "daß der praktische Wert der Kompensation verkümmert würde", wenn die Wirkung der Aufrechnung zeitlich an die Erklärung gebunden wäre. - Leonhard, Nichtschuld, S. 181, glaubt hingegen, "daß hierfür (sc. die Rückwirkung) durchaus kein praktisches Bedürfnis besteht, daß ihre Folgen im Gegenteil der Verkehrsauffassung widersprechen".

(59) § 388.

K a p i t e l 2

Für unsere Frage nach dem anzuwendenden Deckungsverhältnis müssen wir von den beiden Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung ausgehen, nämlich von der Aufrechnungslage (§ 387) und der Aufrechnungserklärung (§ 388).

Diese Nebeneinanderstellung der beiden Voraussetzungen, die nicht erkennen läßt, ob der Gesetzgeber einer von ihnen ein besonderes Gewicht beigelegt hat mit der Folge, daß dann vielleicht das entsprechende Deckungsverhältnis zugrundezulegen ist, legt den Schluß nahe, daß beide gleiche Bedeutung haben. Das hätte dann aber zwingend zur Folge, daß zu einer wirksamen Aufrechnung die beiden Voraussetzungen der Aufrechnungslage und der Aufrechnungserklärung zusammentreffen müssen; "denn dann wirken beide Faktoren gleich materiell, die Aufrechnungserklärung kann nur während bestehender Aufrechnungslage abgegeben werden, sonst hängt sie bei ihrer eigenen materiellen Inhaltslosigkeit in der Luft" (6o).

I. Nun bezieht jedoch § 389 die Wirkungen der - gültig - abgegebenen Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zurück. Hieraus hat man der Aufrechnungslage ein derartiges Übergewicht gegenüber der Aufrechnungserklärung beigelegt, daß man zu der Meinung kam (61),

> die Aufrechnungslage, also das bloße aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen, bewirke allein schon deren Erlöschen in dem sich deckenden Betrage. Die Aufrechnungserklärung habe dann nur noch deklaratorische Wirkung, da sie lediglich die Aufrechnung, die sich bereits vorher mit dem Eintritt der Aufrechnungslage vollzogen habe, verlautbare. Sofern

---

(6o) Cleffmann, S. 4.

(61) Siehe oben Seite 16 2 a).

die Aufrechnungserklärung aber nicht abgegeben werde, hätte dies das Wiederaufleben der erloschenen Forderungen in ihrer alten Wirksamkeit zur Folge (62).

Dieser Auffassung von der Bedeutung der Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung kann keineswegs zugestimmt werden.

1) Schon der bloße Wortlaut des § 389 löst erhebliche Bedenken an der Richtigkeit dieser Meinung aus; denn er handelt ausdrücklich davon, daß "die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen ... als erloschen gelten". Es ist demnach "die Aufrechnung" - also gemäß § 388 die Erklärung - und nicht das bloße aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen, das den Tilgungseffekt auslöst. Auch daß das Gesetz von "bewirken" und nicht von "bekunden" oder ähnlich spricht, bestätigt unsere Zweifel (63).

Dazu kommt, daß § 389 die Forderungen als erloschen "gelten" läßt, wodurch unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird, daß sie mit dem bloßen Eintritt der Aufrechnungslage noch nicht getilgt sein sollen (64).

2) Darüber hinaus ist zu bedenken, daß dann infolge des Erlöschens der Forderungen allein schon durch den Eintritt der Aufrechnungslage das aktive Tun der Abgabe der Aufrechnungs-

---

(62) Im Ergebnis so Endemann, 4. Aufl., I S. 643 ff. (vgl. hierzu Lippmann, Rückwirkung, S. 453 ff.) und Enneccerus-Lehmann, 2. Aufl., S. 527. - Wenn Oertmann, AbR Band XIII S. 124 ff., der die Aufrechnungserklärung als Rechtsbedingung ansieht (s. u. FN 76), diese als "konfirmatorischen Akt" bezeichnet, so zeigt dies, daß die Übergänge von der hier behandelten Ansicht zu der, welche die Aufrechnungserklärung als Bedingung betrachtet, fließend sind; vgl. Schlichting, S. 58, der sie gar nicht mehr trennt.

(63) Ebenso Schlichting, S. 59, und Cleffmann, S. 7.

(64) Weigelin, S. 17; Siber, S. 131; Leonhard, Aufrechnung, S. 191; Matthiaß, S. 441, 442; Schollmeyer, S. 338; Endemann, S. 822 Anm. 11, S. 824; Binder, S. 23 ff; Schlichting, S. 59.

erklärung, die ja empfangsbedürftig ist, nur noch deklaratorische Wirkung hätte, das passive Verhalten aber, das in der Nichtabgabe der Aufrechnungserklärung liegt, konstitutiv wirkte dergestalt, daß die Forderungen wieder auflebten. Cleffmann weist zutreffend darauf hin (65), daß regelmäßig das Unterlassen einer Handlung nur dann Rechtsfolgen auslösen kann, wenn das Gesetz zu aktivem, gegenteiligen Handeln verpflichtet und das Gesetz in diesem Fall die Pflicht zur Abgabe der Aufrechnungserklärung feststellen muß. Wer aber entgegen dieser Pflicht handelt, darf hierdurch nicht den dem pflichtgemäßen Handeln entgegengesetzten Erfolg herbeiführen dürfen. Mit anderen Worten: die Aufrechnungslage bewirkt nach dieser Meinung "ipso iure" das Erlöschen der Forderungen. Wenn aber der Aufrechnende seiner Verpflichtung zur Abgabe der dann ja nur noch den bereits eingetretenen Erfolg verlautbarenden Aufrechnungserklärung nicht nachkommt, würde dadurch genau das Gegenteil des Tilgungseffekts eintreten: die Forderungen würden wieder aufleben!

3) Ferner ist - vom Verzichtsfall abgesehen (66) - der Zeitpunkt der Nicht-(!)abgabe der Aufrechnungserklärung, wodurch die Forderungen wieder aufleben sollen, nicht feststellbar; denn das Gesetz sieht ja bekanntlich eine Frist zur Abgabe der Erklärung in § 388 nicht vor (67).

4 a) Endlich aber kann diese Meinung aus dem Gesetz selbst widerlegt werden. Es liegt auf der Hand, daß dann, wenn bereits die Aufrechnungslage tilgende Kraft haben soll, die Forderungen nach Eintritt eben dieser tilgenden Aufrechnungslage kein weiteres Schicksal mehr haben können. Nach § 390 Satz 2 schließt jedoch die Verjährung "die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit,

---

(65) Seite 7.

(66) Kohler, S. 34, der auch auf weitere Schwierigkeiten bei einer solchen Auffassung hinweist; Cleffmann, S.7.

(67) Vgl. andererseits aber die §§ 357, 554 Abs. 2.

zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte (68), noch nicht verjährt war". Das Gesetz nimmt also selbst entgegen der hier bekämpften Ansicht an, daß auch nach Eintritt der Aufrechnungslage die Forderungen noch verjähren können, was bei einer bereits erloschenen Forderung ausgeschlossen wäre (69).

b) Auch § 357 spricht für uns: wenn der Schuldner eine aufrechenbare Gegenforderung hat, so sind die sich gegenüberstehenden Forderungen nach der Gegenmeinung in dem sich deckenden Betrage erloschen, er würde demzufolge nichts mehr schulden und ein Rücktritt wäre unbeachtlich, so daß der Schuldner einen Rechtsverlust gar nicht zu befürchten hätte. Wenn er nun trotzdem gegen nicht vorhandene Wirkungen durch "unverzügliche" Aufrechnungserklärung vorzugehen verpflichtet sein soll, so kann man das mit Cleffmann (7o) nur als "eine widerspruchsvolle Belästigung" bezeichnen.

c) Nichts anderes muß für § 554 gelten. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung kann der Vermieter fristlos das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles desselben im Verzug ist. Nach Absatz 2 ist die Kündigung jedoch unwirksam, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Auch hier ist nicht einzuse-

---

(68) Also bei Eintritt der Aufrechnungslage.

(69) Schlichting, S. 59. Cleffmann, S. 8, drückt sich m. E. schief aus, wenn er § 39o S. 2 als "selbstverständlich und seine exceptionelle Hervorhebung als unlogisch" bezeichnet; denn diese Bestimmung ist, da sie den Fortbestand der nach der bekämpften Ansicht doch bereits durch den Eintritt der Aufrechnungslage getilgten Forderungen voraussetzt - andernfalls wäre ja eine Verjährung nicht möglich -, gerade nicht selbstverständlich, sondern widersprüchlich! Überflüssig ist hingegen § 39o S. 2 bei der sogenannten Pendenztheorie, s.u.

(7o) Seite 8, vgl. aber unten FN 71.

hen, warum gegen eine nach der bekämpften Meinung sowieso schon unwirksame Kündigung noch angegangen werden müßte (71).

d) Endlich ist zu berücksichtigen, daß die Erfüllung auch Dritten gegenüber wirkt, diese sich also auf das durch die Aufrechnungslage angeblich eingetretene Erlöschen der Forderungen unbeschränkt müßten berufen können. Obwohl der Bürge lediglich nach Maßgabe der Hauptverbindlichkeit haftet (72), gewährt ihm § 770 Abs. 2 jedoch nur das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange sich dieser durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Daraus geht ebenfalls hervor, daß das bloße aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen keinesfalls schon die behauptete Wirkung des Erlöschens haben kann (73).

e) Diese Auffassung ist denn auch durchwegs abgelehnt worden (74) und selbst ihre früheren Verfechter sind von ihr

---

(71) Man könnte allerdings folgern, daß - da für die Abgabe der Aufrechnungserklärung keine Frist vorgesehen ist und die Nichtabgabe der Erklärung die Forderungen wieder ins Leben rufen soll - in den §§ 357, 554 Abs. 2 durch die Pflicht zur unverzüglichen Abgabe der Aufrechnungserklärung eine solche Frist gesetzt werden soll. §§ 357 und 554 Abs. 2 wären also Ausnahmen im Interesse der Schaffung klarer Verhältnisse. - Das alles zeigt aber erst recht die Kompliziertheit dieser Meinung.

(72) § 767.

(73) Siehe auch § 422 Abs. 2.

(74) Cleffmann, S. 9; Kohler, S. 34; Weigelin, S. 16; BGB-RGRK (Löscher), Anm. 3 vor § 387; Weismann, S. 29, wie zwangsläufig alle Autoren, die vom Fortbestand der Forderungen ausgehen, auch wenn sie nicht ausdrücklich zu der widerlegten Auffassung Stellung nehmen, s.u. FN 76; ferner Leonhard, Schuldrecht, S. 631, und Nichtschuld, S. 192, 193; Oertmann, BGB, Vorb. 3 vor § 387; Siber, S. 132, und Schlichting, S. 59, aus Gründen der der Kondizierbarkeit, auf die einzugehen den Rahmen unserer Arbeit sprengen würde. - Widersprüchlich und unklar drücken sich Burchard-de Boor, S. 125, aus: "Herbeigeführt (!) wird das Wirken der Aufrechnung durch die einseitige Erklärung des Aufrechnenden. Aber

wieder abgekommen (75).

II. Eine andere Ansicht geht dahin, daß das bloße aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen bereits solche Rechtswirkungen habe, daß die Abgabe der Aufrechnungserklärung nur noch Bedingung sei (76).

1 a) Diese Auffassung (77) ist vor allem zur Erklärung

---

dieses Wirken (!) wird durch die Erklärung eigentlich nur aufgedeckt (!), es besteht in Wahrheit schon seit dem Zeitpunkt, in dem die Forderungen sich als gegeneinander aufrechenbar gegenübertraten". Sie wollen damit aber offenbar nicht die widerlegte Meinung vertreten, wie sich aus ihren folgenden Ausführungen ergibt.

(75) Endemann, 8. Aufl., S. 821, 822, 824 FN 19; Enneccerus-Lehmann, 15. Bearbeitung, S. 286.

(76) Erstmals benutzte Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse, S. 552, 553, andeutungsweise die Theorie von der aufschiebend bedingten Forderungstilgung, gefolgt von Unger, Österr. Privatrecht, 3. Aufl., II S. 490, vgl. Feder, S. 452. -

Kohler, S. 32 ff., besonders S. 35 (hierzu vgl. auch Lippmann, Rückwirkung, S. 454 ff.) und Liebknecht, S. 110, fassen die Aufrechnungserklärung als "potestative Suspensivbedingung" auf; Oertmann, AbR Band XIII S. 125 und Band XIV S. 356: "das Gegenüberstehen der Forderungen wirkt unter der condicio iuris des entsprechenden Parteiaktes, so daß die Tilgung bis dahin noch in suspenso ist", nach Dernburg, S. 288 ff. hat die Aufrechnungslage "vernichtende Wirkung nur unter der Bedingung, daß es von der einen oder anderen Partei geltend gemacht wurde", das Gegenübertreten der aufrechenbaren Forderungen begründe die Aufrechnung, die Aufrechnungserklärung vollziehe sie; die Aufrechenbarkeit gelte dem BGB als "schwebender Tilgungsgrund der Forderung".

Vgl. auch Reichel, S. 320, 321: "Wir können ebensogut sagen: die Partei rechnet auf mit der Wirkung des ipso iure compensari als wir sagen können: das Gesetz rechnet auf unter der Rechtsbedingung, daß eine Partei diese Aufrechnung will". - Blomeyer, S. 276 und ihm offenbar folgend Esser, S. 312, betrachtet die Forderungen wegen der Rückwirkung von der Aufrechenbarkeit an als unter der "auflösenden Rechtsbedingung" stehend, daß aufgerechnet wird, die Aufrechnungserklärung sei Potestativbedingung, mit ihrer Abgabe trete die auflösende Bedingung ein und die Forderungen würden erlöschen.

(77) Weigelin, S. 10, bezeichnet sie als "neue Suspensions- oder Pendenztheorie". Sie soll nachfolgend kurz Pendenztheorie genannt werden.

der in § 389 angeordneten Rückwirkung benutzt worden (78). Die Regelung des Gesetzes wurde immer wieder als eine "Künstelei" empfunden, "die ein Typus des dem Volksbewußtsein wohl immer unklar gebliebenen Juristenrechts " sei (79), sie sei eine "Anomalie" (8o), "eine etwas fragwürdige Besonderheit" (81), eine "reine Fiktion", aus der Konsequenzen überhaupt nicht gezogen werden dürfen (82), "ein gefährliches Experiment der Rechtsordnung" (83), "noch heute ein wahres Mysterium" (84), etwas Begriffswidriges und Unmögliches, weil dem Wesen der Ursächlichkeit widersprechend (85), ein "Widerspruch in sich selbst", weil man "die Wirkung zur Ursache ihrer Ursache mache (86).

Diese feindselige Einstellung zur Rückwirkung beruht in erster Linie darauf, daß man eine Rückwirkung im Bereiche des Tatsächlichen, in der Natur, als unmöglich und unlogisch ansieht und diesen Schluß auf die Welt des Rechts überträgt (87).

Nun ist zuzugeben, daß es eine Rückwirkung "im physikalischen Sinn" (88) nicht gibt und "es dem Menschen unmöglich" ist, "seiner Handlung Wirkung für die Vergangenheit zu verleihen" (89).

---

(78) So Oertmann, BGB, Vorb. 2 zu § 387.

(79) Greis, S. 24.

(8o) Schlichting, S. 57.

(81) Oertmann, Aufrechnung, S. 414.

(82) Binder, S. 23.

(83) Greis, S. 24.

(84) Lippmann, Rückwirkung, S. 436.

(85) RGZ 66, 273.

(86) Feder, S. 474 ff., vgl. aber denselben u.

(87) Man hätte sonst nach Fitting, S. 3, eine Wirkung vor der Ursache, einen "wahren filius ante patrem".

(88) Feder, S. 474.

(89) Greis, S. 11 - Einen eigentümlichen Fall vermeintlicher Rückwirkung gibt es aber auch im Bereiche der Natur:

Demzufolge verneint man dann auch für das Recht die Möglichkeit einer Rückwirkung zunächst in streng wörtlichem Sinn, da dies bedeuten würde, daß eine juristische Tatsache - also die Aufrechnungserklärung - von einem Zeitpunkt an wirken soll, der vor ihrem Eintritt liegt. Auch der Gesetzgeber habe aber über die Vergangenheit keine Macht und es sei unmöglich, daß das Gesetz zunächst vorschreibt, daß etwa bei der Aufrechnung der Tilgungseffekt vor Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht eintreten soll, für den Fall ihrer Abgabe aber dann bestimmt, daß dieser Erfolg schon vor der Abgabe der Aufrechnungserklärung eingetreten sei (90).

b) Mit Rücksicht hierauf hat man der Rückwirkung die Bedeutung zugelegt, daß der Eintritt eines bestimmten rechtlichen Geschehens eine Ungewißheit beseitigt, die vorher bestanden hat. Dieses mit Rückwirkung augestattete rechtliche Ereignis sei also ein "Erkennungsgrund", der klarstellt, ob eine in der Vergangenheit liegende andere Tatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist (91). Es ist dann keine Rückwirkung, sondern vielmehr nur Klarlegung einer Wirkung anzunehmen, die früher bereits eingetreten, bislang aber nicht erkennbar war, so daß die "klarlegende" Tatsache der Aufrechnungserklärung eigentlich keine eigene rechtliche Wirkung entfaltet (92), sondern lediglich eine "Erkenntnisquelle für Rechtsverhältnisse" (93) darstellt (94).

---

eine z. B. am Donnerstag abgeschossene Kugel kann am vorausgegangenen Mittwoch einen Menschen töten! Dieses Rätsel klärt sich auf, wenn man an die Datumsgrenze denkt.

(90) Vgl. Weigelin, S. 13, mit weiteren Nachweisen; Hellwig, S. 25 ff.

(91) Fitting, S. 118, 119, auch zu vorhergehendem und nachfolgendem; vgl. ferner Weigelin, S. 15; Greis, S. 11 ff., und Hellwig, S. 28 ff.

(92) Fitting, S. 118, 119: "der entscheidende Umstand ist juristisch nicht das Erzeugende, dessen Erzeugnis gleichsam durch Zauberkraft sein Dasein bereits in die Vergangenheit erstreckt, sondern nur das Bezeugende".

(93) Weigelin, S. 15. Vgl. Feder, S. 452, zur Unterscheidung der Begriffe Bedingung, Rückziehung und Rückwirkung.

(94) Bereits oben wurde die Unhaltbarkeit einer solchen, heute denn auch nicht mehr vertretenen Auffassung dargetan.

c) Eine andere Auffassung wiederum betrachtet die "Rückwirkung" als eine "eigentümlich gestaltete Folgewirkung" (95), da man der gesetzlichen Anordnung der Rückwirkung die Bedeutung zulegt, daß von dem Eintritt der Tatsache der Aufrechnungserklärung an die Rechtswirkungen so behandelt werden sollen als seien sie schon beim aufrechenbaren Gegenübertreten der Forderungen eingetreten: bereits von letzterem Zeitpunkt an sollen die Forderungen als erloschen gelten.

Die Eigentümlichkeit soll darin bestehen, daß der Eintritt der Tatsache, der die rückwirkende Kraft vom Gesetz beigelegt ist, nicht nur die Tilgungswirkung der Aufrechnungserklärung zum Zeitpunkt deren Abgabe - wie man erwarten sollte - zur Folge hat, sondern daß ihr Inhalt und ihr Umfang durch Verweisung auf einen früheren Zeitpunkt (den des Eintretens der Aufrechnungslage) bestimmt wird (96). Da auch dem Gesetzgeber es verwehrt sei, Unwirkliches zu Wirklichem zu machen, bestimme er auf diese Weise mit Hilfe der Fiktion lediglich indirekt die von ihm gewollten Rechtsfolgen. Demzufolge wird durch die Rückwirkung der Aufrechnungserklärung nicht etwa behauptet, daß die Aufrechnung bei Eintritt der Aufrechnungslage eingetreten ist, sondern sie bedeutet, daß neben dem Erlöschen der Forderungen in dem sich deckenden Betrage auch alle Folgen wieder beseitigt werden, die in der Zwischenzeit vom Eintritt der Aufrechnungslage bis zur Abgabe der Aufrechnungserklärung sich an eine Forderung oder auch an beide geknüpft haben, also etwa Zinsen, Verfall einer Vertragsstrafe, Verzug usw.

---

(95) Weigelin, S. 14, mit weiteren Nachweisen.

(96) Weigelin, S. 14.

d) Was nun die obigen Ausführungen zur Rückwirkung im allgemeinen anlangt, so ist nicht einzusehen, warum nicht - anders als im Bereich der Natur - in der Welt des Rechts eine Rückwirkung möglich sein soll. Mag der Gesetzgeber auch keine Gewalt über das Wirkliche dergestalt haben, daß er es zu etwas Unwirklichem machen könnte, so kann er doch beispielsweise eine rechtliche Folge rückgängig machen (97). Die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge entspringt dem in dem betreffenden Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, den dieser grundsätzlich widerrufen kann, was "in praktischer Abkürzung" (98) so geschehen kann, daß ein Rechtsverhältnis oder ein Rechtserfolg, welche vor diesem "Widerruf" nicht bestanden haben, in einzelnen oder allen Rechtsbeziehungen als vorher vorhanden angenommen werden (99). Vor allem aber dürften die bisherigen Bedenken gegen die logische Möglichkeit einer rechtlichen Rückwirkung durch Blomeyer (1oo) überzeugend widerlegt sein.

Es ist hier nicht notwendig und würde auch bei weitem den Rahmen unserer Fragestellung sprengen, wollten wir uns näher mit dieser Seite der Rückwirkung befassen. Bedeutsam scheint es aber, sich einmal von der gewohnten Abneigung gegen eine im Gesetz angeordnete Rückwirkung freizumachen und diese nicht als etwas Unmögliches abzutun, um sie dann auf andere Weise durch "künstliche und am Ende doch unzulängliche Konstruktionen" (1o1) erklären zu müssen, statt sie als "nichts seltenes" (1o2) anzusehen. - Ob die Rück-

---

(97) Vgl. hierzu und zu folgendem: Feder, S. 474 ff.

(98) Vgl. FN 97.

(99) Feder, a.a.O., verweist hier auf den Fall eines rückwirkenden Gesetzes, wodurch es nicht behauptet, etwa schon früher bestanden zu haben, sondern es widerrufe lediglich frühere, entgegengesetzte Befehle, um sie durch neue zu ersetzen.

(1oo) Studien zur Bedingungslehre, S. 42 bis 59.

(1o1) Feder, S. 475.

(1o2) Feder, S. 475.

wirkung im Hinblick auf die in der Zwischenzeit bis zum Eintritt des maßgeblichen rückwirkenden Ereignisses unter Umständen getroffenen Verfügungen usw. immer eine sehr glückliche Lösung für die Rechtssicherheit darstellt, ist letzten Endes eine Frage der Zweckmäßigkeit, die nur aus der Abwägung der jeweiligen, möglicherweise betroffenen Parteiinteressen entschieden werden kann und damit auf einem anderen Blatt steht (1o3).

2) Kommen wir zu der Frage zurück, ob im Hinblick auf die in § 389 bestimmte Rückwirkung die Forderungen vom Eintritt der Aufrechnungslage an als durch die Aufrechnungserklärung bedingt getilgt anzusehen sind, so besteht dann, wenn man die Aufrechnungserklärung als Potestativbedingung annimmt, die Schwierigkeit, daß für diese nach einhelliger Meinung die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Bedingung anzuwenden sind (1o4). Demzufolge wäre dann aber nach §§ 158, 159 die gerade vom Gesetzgeber gewollte Rückwirkung ausgeschlossen.

Die Annahme einer solchen aufschiebenden Potestativbedingung hat nur den Sinn, die Rückwirkung zu erklären, wozu sie demnach eben nicht imstande wäre (1o5).

Allerdings könnte hier die Auffassung vertreten werden, daß § 389 eine positive Ausnahme vom Grundsatz der §§ 158, 159 sei und somit die Aufrechnungserklärung als eine Bedingung mit ausnahmsweise rückwirkendem Tilgungseffekt angesehen werden dürfe. Abgesehen davon, daß sie - soweit ersichtlich - keine Anhänger gefunden hat (1o6), berechtigen uns Entstehungsgeschichte und Motive nicht zu einer sol-

---

(1o3) Vgl. hierzu Lippmann, Rückwirkung, S. 438.

(1o4) Z. B. BGB-RGRK (Kuhn), Anm. 5, 6 vor § 158; Ennecc.-Nipperdey, S. 119o.

(1o5) Windscheid-Kipp, S. 474 ff.; Weigelin, S. 16; Schollmeyer, Vorb. 1 b zu § 387; Leonhard, Nichtschuld, S. 193; Cleffmann, S. 1o.

(1o6) Es sei denn, man zähle diejenigen Vertreter der Pendenztheorie (s.o. FN 77) hierher, welche die Bedingung der Aufrechnungserklärung nicht ausdrücklich als Rechtsbedingung o. ä. bezeichnen, vgl. o. FN 76.

chen Annahme, da sie hierüber nichts aussagen. Das stünde allerdings nicht entgegen, da gesetzgeberische Motive und Auffassungen als solche regelmäßig nicht bindend sind (1o7). Aber sie erweist sich, um mit Feder zu reden (1o8), als "künstliche Konstruktion", da man, um den rückwirkenden Tilgungseffekt zu erklären, einerseits auf die Bedingung zurückgreift, andererseits aber im selben Augenblick in der Erkenntnis, daß eben bei unveränderter Anwendung der Bestimmungen über die Bedingung das gewünschte Ergebnis gerade nicht zu begründen ist, sogleich wieder genötigt ist, Zugeständnisse dergestalt zu machen, daß man Ausnahmevorschriften annimmt!

3) Man hat daher, um die Anwendung der §§ 158, 159 zu vermeiden, die Aufrechnungserklärung als eine Rechtsbedingung (1o9) angesehen (11o). Der Gegenmeinung, welche auch für diesen Fall die analoge Anwendung der §§ 158, 159 fordert (111), kann heute schon im Hinblick auf die über-

---

(1o7) Vgl. die in FN 25 Genannten.

(1o8) S. 475.

(1o9) Man versteht darunter einen "zukünftigen, ungewissen Umstand, von dessen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts nach seiner Natur, seinem Gegenstand oder nach besonderer Rechtsvorschrift abhängt", vgl. Enneccerus, S. 1186, 1187. - Sie ist demzufolge eine Bedingung der Wirksamkeit eines bestimmten Tatbestandes, nicht aber selbst Teil des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts; zur Rechtsbedingung im allgemeinen siehe: Oertmann, Rechtsbedingung. -
Da nach § 388 die Aufrechnungserklärung zweifellos eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist, deren Abgabe mit den bekannten Aufrechnungswirkungen im Belieben der aufrechnungsberechtigten Partei liegt, ist sie zugleich Potestativbedingung. Blomeyer, S. 276, nimmt denn dies auch an, vgl. oben FN 76. - Es würde hier zu weit führen, auf das Problem näher einzugehen, daß derselbe Vorgang sowohl Rechts- als auch Potestativbedingung sein soll.

(11o) Vgl. oben FN 76.

(111) Z. B. Windscheid-Kipp, S. 474, 475, der die Frage stellt, was bei Verneinung einer solchen Analogie mit der Aufstellung des Begriffes der Rechtsbedingung denn überhaupt zur Erklärung der Vorgänge gewonnen wäre.

wiegende Ansicht nicht mehr gefolgt werden, wonach die Rechtsbedingung nicht analog der rechtsgeschäftlichen Bedingung (112) zu behandeln ist (113).

4) Die Auffassung, daß die Forderungen bei Eintritt der Aufrechnungslage durch die nachfolgende Abgabe der Aufrechnungserklärung bedingt in dem sich deckenden Betrage erlöschen, ist aus dem Gesetz selbst zu widerlegen. Geht man nämlich von der herrschenden Meinung aus (114), daß die Tatsache des bloßen Bedingungseintritts zur Herbeiführung des Rechtserfolges genügt, auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Parteien den gewünschten Rechtserfolg - hier also die gegenseitige Aufhebung der Forderungen - nicht mehr herbeiführen konnten (115), so müssen wir zur Ablehnung einer (Potestativ- oder Rechts-) Bedingung kommen, wenn wir der gesetzlichen Regelung der Aufrechnung den Satz entnehmen können und müssen, daß auch zur Zeit der Abgabe

---

(112) Der aber die Potestativbedingung entsprechend zu behandeln ist, vgl. o. FN 104.

(113) Enn.-Nipperdey, S. 1186; Lehmann, S. 263, 268; Palandt-Danckelmann, Einf. 2 vor § 158; Achilles-Greiff (Greiff), Bem. 1a vor § 158; Erman-Hefermehl, Vorb. 2 b vor § 158, vor allem Erman-Groepper, Vorb. 11a aa vor § 275; v. Tuhr, S. 282; Soergel-Siebert (Seydel), § 158 Rdnr. 4; BGB-RGRK (Kuhn), Anm. 8 vor § 158. Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung, S. 154 ff., der im einzelnen nicht grundsätzlich eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Bedingung ablehnt.

(114) Enn.-Nipperdey, S. 1203; Palandt-Danckelmann, § 158 Anm. 1; vgl. auch Staudinger-Coing, 11. Aufl., Vorb. 9 zu § 158; wohl auch Lehmann, S. 272, und letzten Endes alle, die für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung eine Anwartschaft annehmen; Erman-Hefermehl, § 158 Anm. 4; v. Tuhr, S. 291 u.ö.; offenbar auch Cosack-Mitteis, S. 222; Oertmann, Allg. Teil, S. 576; Soergel-Siebert (Seydel), § 158 Rdnr. 14; BGB-RGRK (Kuhn), § 158 Anm. 5.
Vgl. hierzu ferner Oertmann, Rechtsbedingung, S. 130 bis 143.

(115) Beispielsweise durch den Verlust der Verfügungsmacht.

der Aufrechnungserklärung die Parteien noch in der Lage sein müssen, wirksam aufrechnen und damit den gewünschten Tilgungseffekt herbeiführen zu können (116).

Tatsächlich ergibt die Prüfung der in Frage kommenden Vorschriften die Richtigkeit dieser unserer Auffassung.

a) § 390 Satz 1 schließt die Aufrechnung mit einer Forderung aus, der eine Einrede entgegensteht. Diese Bestimmung ist nicht etwa mit Rücksicht auf § 387 überflüssig, wie man vielleicht aus dessen Wortlaut entnehmen könnte; denn auch eine einredebehaftete Forderung "kann" noch gefordert werden, nur ist ihr Schuldner "berechtigt, die Leistung zu verweigern" (117), die Forderungen als solche bestehen jedoch nach wie vor (118).

Vom Obersatz des § 390 Satz 1 macht Satz 2 eine Ausnahme: "Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war".

---

(116) Es sei denn, man würde sich dazu versteigen, solche Erfordernisse für die Aufrechnung ebenfalls als positiv-rechtliche Ausnahmen von der sonstigen Regelung der Bedingung aufzufassen! -
Die Gegner unserer Ansicht berufen sich denn auch darauf, daß für die Wirkungen und für die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht der Augenblick der Aufrechnungserklärung, sondern der Zeitpunkt des Eintretens der Aufrechnungslage maßgebend sei, vgl. Kohler, S. 38 ff.; Liebknecht, S. 109; ferner Enneccerus, S. 527.
Der hier vertretene Gedankengang findet sich angedeutet bei Kreß, S. 565 ff., und vorher schon bei Leonhard, Nichtschuld, S. 196 ff. Vgl. ferner Cleffmann, S. 4, 5.

(117) Vgl. § 222 Abs. 1.

(118) Vgl. Siber, S. 90. - Leonhard, Nichtschuld, S. 172, 173, ist allerdings der Meinung, daß schon § 387 die Aufrechnung "gegen" (sic) eine durch eine dauernde Einrede entkräftete Forderung ausschließt: "denn auch hier kann man doch kaum sagen, daß der Verpflichtete eine Leistung schuldet". Ähnlich Cleffmann, S. 45.

Nach § 387 in Verbindung mit § 39o Satz 1 steht also fest, daß u.a. Voraussetzung der Aufrechnung eine vollwirksame - und demzufolge auch nicht einredebehaftete - Forderung ist. Wir legen somit § 39o Satz 1 eine den § 387 ergänzende, "klarstellende" Bedeutung bei.

Unterstellt man nun, daß - wie von der zu widerlegenden Meinung behauptet - die Aufrechnungsvoraussetzungen lediglich bei Eintritt der Aufrechnungslage vorhanden sein müssen, so dürfte konsequenterweise eine nachträgliche Veränderung der Aufrechenbarkeit nach einer einmal vorhanden gewesenen Aufrechnungslage nicht mehr die Möglichkeit einer Aufrechnung hinfällig machen. Mit anderen Worten: war die Gegenforderung zunächst "voll"wirksam und damit aufrechenbar, so kann auch eine später eintretende Verjährung ihr diese Beschaffenheit nicht mehr nehmen. Genau das sagt § 39o Satz 2 auch aus. Aber diese Bestimmung wäre - folgte man der bekämpften Meinung - "selbstverständlich und ihre exceptionelle Hervorhebung unlogisch" (119), und man muß Cleffmann beistimmen (12o), daß sie nicht der Deutlichkeit halber eingefügt worden ist, wie sich aus ihrem Fehlen im Entwurf I und aus der Debatte um sie in der Kommission (121) schließen läßt.

Gehen wir hingegen von der Meinung aus, wie sie nachfolgend weiter belegt werden soll, nämlich daß die Aufrechnungsvoraussetzungen grundsätzlich auch zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung noch vorliegen müssen, dann bildet davon § 39o Satz 2 eine Ausnahme, da er die Aufrechnung selbst dann zuläßt, wenn die Voraussetzung der Vollwirksamkeit (§§ 387, 39o Satz 1) (122) später durch Verjährung entfallen ist. Er erweitert also die Aufrechnungsvor-

---

(119) Cleffmann, S. 8. Zu diesem vgl. oben FN 69. A. A. Weigelin, S. 45, der auf Grund seiner Auffassung des Aufrechnungsrechts als Pfandrecht an der eigenen Schuld hierin nichts Regelwidriges sieht, ebenso für § 77o Abs. 2 und §§ 53 ff. KO.

(12o) Seite 8.

(121) Protokolle I S. 363; vgl. auch Schlichting, S. 61.

(122) Vgl. Esser, S. 31o c; BGHZ GSZ 2, 3oo.

aussetzungen (123).

b) Gemäß § 392 wird durch die Beschlagnahme einer Forderung "die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist" (124).

Nach § 829 Abs. 1 ZPO darf der Drittschuldner - also der Schuldner der beschlagnahmten Hauptforderung - nicht mehr an den Schuldner - den Gläubiger der Hauptforderung - zahlen, und da die Aufrechnung ein Erfüllungssurrogat ist (125), müßte sie infolgedessen unzulässig sein. Der Drittschuldner ist vielmehr verpflichtet, statt an seinen bisherigen Gläubiger/Schuldner an dessen Gläubiger zu leisten, dem gegenüber er aber keine Forderung hat. Trotzdem gestattet hier § 392 die Aufrechnung.

Allerdings ist zu bedenken, daß die beschlagnahmte Hauptforderung a nach wie vor dem Gläubiger A des Drittschuldners B zusteht; denn die Beschlagnahme begründet lediglich ein Pfandrecht an der Hauptforderung (126), A wird

---

(123) Die strittige Frage, ob sich § 390 Satz 2 aus dem Rückwirkungsprinzip ergibt - bejahend: u.a. Blomeyer, S. 276; Palandt-Danckelmann, § 390 Anm. 3; dazu neigend Oertmann, Aufrechnung, S. 406; verneinend: u.a. Lang, S. 66; Siber, S. 126; Weigelin, S. 55, 167; Leonhard, Schuldrecht, S. 625; Liebknecht, S. 109; Feder, S. 478, sieht in § 390 Satz 2 wie Kreß, S. 565, 566, einen Ausnahmefall von der Rückwirkung - kann ebenso wie für die nachfolgend zu behandelnden Bestimmungen dahingestellt bleiben, da wir nur untersuchen, ob die Aufrechnungsvoraussetzungen zur Zeit der Aufrechnungserklärung noch gegeben sein müssen.

(124) Das betrifft selbstverständlich nur die Hauptforderung; denn im Falle der Beschlagnahme der Gegenforderung kann deren Gläubiger mangels Verfügungsgewalt sowieso nicht mehr mit ihr aufrechnen.

(125) S. o. FN 29.

(126) Vgl. an Stelle vieler: Baumbach-Lauterbach, § 829 Anm. 6 A.

Die Sachlage bei der ersten Möglichkeit (136) stellt sich demnach so dar, daß der Zedent A durch die erfolgte Abtretung nicht mehr Gläubiger der Hauptforderung (137), wohl aber nach wie vor Schuldner der Gegenforderung b ist. Es fehlt also an der gemäß § 387 erforderlichen Gegenseitigkeit (138). Wenn § 4o6 für diesen Fall die Aufrechnung ausdrücklich zuläßt, so muß die Pendenztheorie auch hier wiederum konsequenterweise diese Regelung für überflüssig erachten, da ein nachträglicher Wegfall einer Aufrechnungsvoraussetzung ihrer Meinung nach unschädlich sein und eine Aufrechnung auch nach erfolgter Abtretung noch zulässig sein müßte. Daraus geht hervor, daß § 4o6 (139) die Aufrechnungsvoraussetzungen erweitert (14o).

d) Eine weitere Bestimmung, die ebenfalls gegen die Pendenztheorie spricht, finden wir in § 357. Danach ist, wenn sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten hat (141), daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und er diese unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt (142).

Nach erfolgtem Rücktritt fallen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche weg, und wenn wir zur Vereinfachung von dem Fall ausgehen, daß beide Parteien keine Leistungen erbracht haben und infolgedessen eine Rückgewährspflicht nach

---

(136) der zweite Fall wird weiter unten behandelt, S. 46 ff.

(137) § 398 Satz 2.

(138) Siber, S. 1o1. Zugleich ist A durch die Abtretung nicht mehr verfügungsberechtigt, so daß auch dieses Erfordernis einer wirksamen Aufrechnung entfiel.

(139) Ob § 4o6 überhaupt dem Aufrechnungsrecht entspringt, vgl. unten.

(14o) Ebenso Lang, S. 66; Siber, S. 126, 132; Weigelin, S. 169: Frage der Fortdauer des Aufrechnungsrecht.

(141) Vgl. § 36o.

(142) Die bekannte Streitfrage, ob der Rücktritt einseitige Auflösung des Vertragsverhältnisses mit unmittelbarer rückwirkender Vernichtung desselben ist (h.M.) oder ob er das bisherige vertragliche Schuldverhältnis nicht auflöst, sondern es zu einem Abwicklungsverhältnis umgestaltet, braucht uns hier nicht zu interessieren.

§ 346 nicht in Frage kommt, so ergibt sich, daß dann lediglich noch der aufrechnungsberechtigte ehemalige Vertragspartner B Gläubiger seiner Gegenforderung b ist (143), eine Hauptforderung besteht nicht mehr.

§ 387 setzt für die Aufrechnung jedoch voraus, daß zwei Personen einander Leistungen "schulden". Nach § 357 ist eine Aufrechnung selbst dann noch - in Abweichung von § 387 - möglich, wenn früher einmal eine Hauptforderung der Gegenforderung aufrechenbar gegenüberstand und erst nachträglich entfiel (144). Wir müssen demnach § 357 als eine Erweiterung der Aufrechnungsvoraussetzungen betrachten (145), die zugleich das Rücktrittsrecht einschränkt

---

(143) Die selbstverständlich nicht mit der vor Auflösung (oder u. U. Umgestaltung) des Vertrages vom zurücktretenden Partner A geschuldeten Leistung identisch ist.

(144) Es wurde allerdings die Meinung vertreten, daß eine "Aufrechnung gegen eine Nichtschuld" möglich sei, so vor allem Leonhard, Nichtschuld, und Schuldrecht, S. 615; nach Kohler, S. 2o, hat die Aufrechnung zwar das Bestehen einer Hauptforderung "zur Voraussetzung, aber nicht zur Bedingung", der Tilgungseffekt soll jedoch vorbehaltlich der Kondiktionsmöglichkeit auch beim Fehlen einer Hauptforderung eintreten, s. a. Weismann, S. 28, 35. - Wohl zu Recht ablehnend: (wenn auch mit den verschiedensten Begründungen) z.B. Larenz, S. 3o6; Henle, S. 423 ff.; Schlichting, S. 42, 43; Liebknecht, S. 111, 123 ff. (das Bestehen der Hauptforderung sei condicio iuris sowohl für die Aufrechnung als auch für die Tilgung); Siber, S. 82, 89; Weigelin, S. 6o, 17o; Oertmann, Aufrechnung, S. 4o5; Greis, S. 7o; Esser, S. 3o8, 3o9; Endemann, S. 825 FN 24; Feder, S. 464; Windscheid-Kipp, S. 479; Dernburg, S. 286.

Einer näheren Stellungnahme bedarf es nicht, da unsere Beweisführung sich nicht nur auf § 357 stützt.

(145) Ebenso Lang, S. 6, 41, 66; Siber, S. 112, 132; Henle, S. 424, 425; Feder, S. 478; Greis, S. 71 (einschränkend).

Weigelin, S. 61, 17o, bezeichnet hingegen § 357 als eine nur scheinbare Ausnahme vom Erfordernis einer bestehenden Hauptforderung, da nach ihm der Rücktritt die Verbindlichkeit so lange nicht aufheben soll, bis es sich entscheidet, ob rechtzeitig, also unverzüglich, aufgerechnet wird oder nicht. Der Rücktritt

Die Sachlage bei der ersten Möglichkeit (136) stellt sich demnach so dar, daß der Zedent A durch die erfolgte Abtretung nicht mehr Gläubiger der Hauptforderung (137), wohl aber nach wie vor Schuldner der Gegenforderung b ist. Es fehlt also an der gemäß § 387 erforderlichen Gegenseitigkeit (138). Wenn § 4o6 für diesen Fall die Aufrechnung ausdrücklich zuläßt, so muß die Pendenztheorie auch hier wiederum konsequenterweise diese Regelung für überflüssig erachten, da ein nachträglicher Wegfall einer Aufrechnungsvoraussetzung ihrer Meinung nach unschädlich sein und eine Aufrechnung auch nach erfolgter Abtretung noch zulässig sein müßte. Daraus geht hervor, daß § 4o6 (139) die Aufrechnungsvoraussetzungen erweitert (14o).

d) Eine weitere Bestimmung, die ebenfalls gegen die Pendenztheorie spricht, finden wir in § 357. Danach ist, wenn sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten hat (141), daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und er diese unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt (142).

Nach erfolgtem Rücktritt fallen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche weg, und wenn wir zur Vereinfachung von dem Fall ausgehen, daß beide Parteien keine Leistungen erbracht haben und infolgedessen eine Rückgewährspflicht nach

---

(136) der zweite Fall wird weiter unten behandelt, S. 46 ff.

(137) § 398 Satz 2.

(138) Siber, S. 1o1. Zugleich ist A durch die Abtretung nicht mehr verfügungsberechtigt, so daß auch dieses Erfordernis einer wirksamen Aufrechnung entfiel.

(139) Ob § 4o6 überhaupt dem Aufrechnungsrecht entspringt, vgl. unten.

(14o) Ebenso Lang, S. 66; Siber, S. 126, 132; Weigelin, S. 169: Frage der Fortdauer des Aufrechnungsrecht.

(141) Vgl. § 36o.

(142) Die bekannte Streitfrage, ob der Rücktritt einseitige Auflösung des Vertragsverhältnisses mit unmittelbarer rückwirkender Vernichtung desselben ist (h.M.) oder ob er das bisherige vertragliche Schuldverhältnis nicht auflöst, sondern es zu einem Abwicklungsverhältnis umgestaltet, braucht uns hier nicht zu interessieren.

§ 346 nicht in Frage kommt, so ergibt sich, daß dann lediglich noch der aufrechnungsberechtigte ehemalige Vertragspartner B Gläubiger seiner Gegenforderung b ist (143), eine Hauptforderung besteht nicht mehr.

§ 387 setzt für die Aufrechnung jedoch voraus, daß zwei Personen einander Leistungen "schulden". Nach § 357 ist eine Aufrechnung selbst dann noch - in Abweichung von § 387 - möglich, wenn früher einmal eine Hauptforderung der Gegenforderung aufrechenbar gegenüberstand und erst nachträglich entfiel (144). Wir müssen demnach § 357 als eine Erweiterung der Aufrechnungsvoraussetzungen betrachten (145), die zugleich das Rücktrittsrecht einschränkt

---

(143) Die selbstverständlich nicht mit der vor Auflösung (oder u. U. Umgestaltung) des Vertrages vom zurücktretenden Partner A geschuldeten Leistung identisch ist.

(144) Es wurde allerdings die Meinung vertreten, daß eine "Aufrechnung gegen eine Nichtschuld" möglich sei, so vor allem Leonhard, Nichtschuld, und Schuldrecht, S. 615; nach Kohler, S. 2o, hat die Aufrechnung zwar das Bestehen einer Hauptforderung "zur Voraussetzung, aber nicht zur Bedingung", der Tilgungseffekt soll jedoch vorbehaltlich der Kondiktionsmöglichkeit auch beim Fehlen einer Hauptforderung eintreten, s. a. Weismann, S. 28, 35. - Wohl zu Recht ablehnend: (wenn auch mit den verschiedensten Begründungen) z.B. Larenz, S. 3o6; Henle, S. 423 ff.; Schlichting, S. 42, 43; Liebknecht, S. 111, 123 ff. (das Bestehen der Hauptforderung sei condicio iuris sowohl für die Aufrechnung als auch für die Tilgung); Siber, S. 82, 89; Weigelin, S. 6o, 17o; Oertmann, Aufrechnung, S. 4o5; Greis, S. 7o; Esser, S. 3o8, 3o9; Endemann, S. 825 FN 24; Feder, S. 464; Windscheid-Kipp, S. 479; Dernburg, S. 286.

Einer näheren Stellungnahme bedarf es nicht, da unsere Beweisführung sich nicht nur auf § 357 stützt.

(145) Ebenso Lang, S. 6, 41, 66; Siber, S. 112, 132; Henle, S. 424, 425; Feder, S. 478; Greis, S. 71 (einschränkend).

Weigelin, S. 61, 17o, bezeichnet hingegen § 357 als eine nur scheinbare Ausnahme vom Erfordernis einer bestehenden Hauptforderung, da nach ihm der Rücktritt die Verbindlichkeit so lange nicht aufheben soll, bis es sich entscheidet, ob rechtzeitig, also unverzüglich, aufgerechnet wird oder nicht. Der Rücktritt

es unbillig wäre, den sonst eintretenden Schaden zu tragen. Berücksichtigt man, daß in den genannten Vorschriften der Gläubigernachfolger der aktive Teil ist, so erscheint es als ungerecht, ihn, der bei der Anknüpfung neuer Rechtsbeziehungen immer auf Schaden gefaßt sein muß und sich dagegen regelmäßig auch sichern kann, gegenüber dem Schuldner zu bevorzugen, der sich gegen eine solche Verschlechterung seiner Rechtsstellung zu wehren nicht in der Lage ist. Es erscheint daher das Interesse des Schuldners der Hauptforderung als das berechtigtere.

Cleffmann (15o) zieht hieraus und aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen (151) den Schluß, daß deren ratio allein in den vorgenannten Erwägungen, nicht aber im Aufrechnungsrecht liegen soll. Dem kann man sich jedoch nicht in dieser uneingeschränkten Form anschließen; denn es ist nicht zu verkennen, daß die Schutzwürdigkeit des Schuldners ja auch darin begründet ist, daß er im Vertrauen (152) auf den Fortbestand einer einmal gegebenen Aufrechnungslage nicht aufgerechnet hat. Dies ist aber eindeutig eine sich aus der besonderen wirtschaftlichen und psychologischen Situation bei der Aufrechnungslage (153) ergebende Vertrauenslage, so daß entgegen Cleffmann nicht einzusehen ist, warum die §§ 392 und 4o6 nicht auch zur Beantwortung unserer Fragestellung herangezogen werden können.

(15o) S. 12 ff. Ebenso auch Leonhard, Nichtschuld, S. 198, der sie nur als den §§ 4o7, 4o8 entsprechende Schutzvorschrift bezeichnet. Greis, S. 68, glaubt, daß die §§ 4o6, 575 erlassen worden wären, auch ohne daß man der Aufrechnung rückwirkende Kraft beigelegt hätte. Siehe auch Lippmann, Rückwirkung, S. 461 ff., der § 4o6 für eine nicht allein aus dem Wesen der Aufrechnung gezogene Konsequenz ansieht.

(151) Protokolle I S. 391 ff., 373.

(152) Leonhard, Nichtschuld, S. 198, 199, bezeichnet denn auch u.a. die §§ 4o6, 392 und 575 als Vorschriften zum Schutze des Vertrauens.

(153) Siehe oben S. 17, 18.

g) Wie bereits oben gezeigt wurde, müßte die Pendenztheorie die §§ 39o Satz 2, 392, 4o6 und 357 als überflüssig betrachten (154), da sich aus ihnen ergibt, daß in den von ihnen behandelten Fällen ein nachträglicher Fortfall einer zunächst vorhanden gewesenen Aufrechnungsvoraussetzung für das Aufrechnungsrecht unschädlich sein soll, was nach der Pendenztheorie eine selbstverständliche Folge wäre. Eine Meinung, die für eine solche Anzahl von Vorschriften zwangsläufig zum Ergebnis deren Überflüssigkeit kommen muß, kann nicht richtig sein.

Vielmehr müssen wir die §§ 39o Satz 2, 392, 4o6 und 357 als positive Ausnahmen betrachten, mit denen der Gesetzgeber einen nicht ausdrücklich im Gesetz niedergelegten Grundsatz modifizieren wollte. Da die genannten Bestimmungen die Möglichkeit der Aufrechnung trotz späteren Wegfalls einer Aufrechnungsvoraussetzung zulassen, kann der sich daraus ergebende Obersatz nur dahin lauten, daß grundsätzlich

> die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht nur beim Eintritt der Aufrechnungslage, sondern auch zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen (155).

---

(154) Dieser Schluß wird allerdings von ihren Vertretern nicht gezogen, da man vielmehr aus den Bestimmungen die selbständige Tilgungskraft der Aufrechnungslage gerade zu beweisen und die Rückwirkung zu erklären versucht, vgl. auch oben FN 62 und 76.

(155) Dies ist denn auch die ganz überwiegende Meinung: Siber, S. 111; Larenz, S. 31o, 311; BGB-RGRK (Löscher), Anm. 3 vor § 387 und § 389 Anm. 3; Soergel-Siebert (Schmidt), § 389 Rdnr. 1, 2; Leonhard, Nichtschuld, S. 196 ff.; Weigelin, S. 182 (für die Gleichartigkeit); Cleffmann, S. 18 ff., 25; Lang, S. 29, 4o, 66; Palandt-Danckelmann, § 389 Anm. 1; Kreß, S. 566; Schlichting, S. 63; Endemann, S. 825; Crome, S. 292 FN 1; Feder, S. 464, 465, u. a. sowie BGHZ GSZ 2, 3oo.

Nach Esser, S. 3o8, braucht hingegen die Aufrechnungslage bei Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht

Daraus ergibt sich als weitere zwingende Folgerung, daß dann § 389 nur die Wirkung einer gültig erklärten Aufrechnung zurückbeziehen kann und will und daß es infolge dieser Rückwirkung nicht etwa genügt, daß die Aufrechnungsvoraussetzungen schon und nur zur Zeit des Eintretens der

---

mehr zu bestehen; denn letztere beziehe sich auf die Aufrechnungslage und wirke auf deren Zeitpunkt zurück.

Dieses Ergebnis scheint mir schon aus der bloßen Wortauslegung herleitbar. Nach § 387 kann jeder Teil "aufrechnen", was durch "Erklärung gegenüber dem anderen Teil" geschieht, § 388. Da nach § 387 aber nur beim Vorliegen der dort genannten (und sonstigen) Voraussetzungen die Aufrechnung durch Abgabe der Erklärung geschehen kann, liegt es nahe, daß diese Aufrechnungsvoraussetzungen auch noch zur Zeit der Aufrechnungserklärung gegeben sein müssen.

Ganz deutlich wird dies m. E., wenn man die §§ 387, 388 und 389 zusammenzieht: "Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Hierdurch gelten die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind". -

Lippmann, Kompensation, S. 261 (und vorher) und Rückwirkung, S. 468 ff., sieht in der Aufrechnungserklärung kein rechtsgeschäftliches Handeln, so daß zu ihrer Wirksamkeit nicht erforderlich sei, daß die Aufrechnungsvoraussetzungen schon bei ihrer Abgabe vorlagen. Vielmehr sei sie "prozessualisches Handeln" und es genüge deshalb, wenn zur Zeit des Urteils die Hindernisse der Ungleichartigkeit, Nichtfälligkeit, Illiquidität (!) beseitigt seien. Vgl. aber auch Lippmann, Rückwirkung, S. 505.

Die Pendenztheorie wird denn heute ganz überwiegend abgelehnt: Oertmann, BGB, Vorb. 3 vor § 387, der seine frühere Meinung aufgibt; Weigelin, S. 17 ff.; Leonhard, Schuldrecht, S. 631 ff., und Nichtschuld, S. 193 ff.; Endemann, S. 824; Windscheid-Kipp, S. 474; Schollmeyer, S. 338.

Feder, S. 464, 465, weist darauf hin, daß die Pendenztheorie zweifach bedingt ist; denn sie meint:

Aufrechnungslage vorgelegen haben (156).

Wir kommen mithin auf Grund des obigen, aus den §§ 39o Satz 2, 392, 4o6 und 357 entnommenen Prinzips unter Berücksichtigung dessen, daß bei Annahme der Aufrechnungserklärung als bloße Bedingung für den mit der Aufrechnungslage bereits eingetretenen Tilgungseffekt die Aufrechnungsvoraussetzungen zur Zeit der Aufrechnungserklärung nicht mehr vorliegen müßten (157), zu dem Ergebnis, daß das aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen nicht die Wirkung einer bedingten Tilgung haben kann.

h) Dazu kommen noch weitere Vorschriften, welche die Unhaltbarkeit der Pendenztheorie zeigen, obwohl diese sich auch derselben zu ihrer Begründung bedient.

So wird als Beweis der behaupteten selbständigen - zumindest bedingten - Tilgungskraft der Aufrechnungslage § 77o Abs. 2 angeführt. Hier hat der Gläubiger zwar die Möglichkeit, sich durch Aufrechnung zu befriedigen, aber diese Befugnis gewährt ihm noch nicht eine wirkliche Befriedigung, zumal eine Verpflichtung zur Aufrechnung nicht besteht. Nach der Gegenmeinung wird jedoch der Bürge durch seine Verweisung des Gläubigers auf die in der Aufrechnungslage bereits liegende Befriedigungsmöglichkeit frei, der Gläubiger wird so behandelt, als ob er schon befriedigt sei, und zwar wegen der behaupteten selbständigen Erfüllungskraft der bloßen Aufrechnungslage.

"Zwei zur Aufrechnung geeignete Forderungen heben sich mit dem Eintritt der Aufrechnungslage auf unter der Bedingung, daß die Aufrechnung von einer Partei erklärt wird und daß sie zur Zeit der Aufrechnungserklärung zur Aufrechnung geeignet sind".

(156) Vgl. die oben in FN 155 Genannten sowie ferner Cleffmann, S. 1o; Matthiaß, S. 247; Lang, S. 66; Weigelin, S. 167; Siber, S. 126.

(157) Siehe oben Seite 31, 32.

fertigung heranzieht, so kann man nur mit Feder (166) sagen, daß sie nichts beweist; "denn sie beweist mehr als sie soll"! Es hat hier nämlich überhaupt keine Aufrechnungslage gegeben und wenn trotzdem eine Aufrechnung möglich ist, so kann in diesem Fall nicht die Aufrechnungslage ursächlich sein (167).

Der gleiche Einwand ist aus § 575 zu entnehmen. Danach kann, soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber der Mietsache gegenüber wirksam ist, der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den vormaligen Vermieter zustehende Forderung aufrechnen. Dies ist aber u.a. dann unzulässig, "wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt hat".

Wir können hier also ähnlich wie bei § 406 (168) zwei Fälle unterscheiden:

1. Die Gegenforderung bestand bereits vor dem Eigentumsübergang.
2. Der Mieter erwarb die Gegenforderung in Unkenntnis des Eigentumsübergangs erst nach diesem.

Nach § 571 Abs. 1 tritt der Erwerber zwar "in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein". Das bedeutet jedoch nicht, daß eine für den Veräußerer zur Zeit des Eigentumsübergangs etwa schon vorhandene Mietzinsforderung gegen den Mieter ebenfalls an den Erwerber übergeht.

---

(166) Seite 463.

(167) Feder, S. 463; Lang, S. 29. Weigelin, S. 88, 89, nimmt an, daß mit dem Erwerb einer Gegenforderung ein bedingtes Recht zur Aufrechnung entsteht, ähnlich auch Kohler, S. 37 ff. ("bedingte Vinkulierung"), hiergegen Lippmann, Rückwirkung, S. 458 ff. Siehe auch Koban, S. 45.

(168) Siehe oben Seite 36.

Ebensowenig liegt eine Abtretung der späteren Mietzinsforderungen vor; denn insoweit handelt es sich um künftige Forderungen (169), die unmittelbar aus eigenem Recht in der Hand des Erwerbers auf Grund dessen Eigentums entstehen. Allerdings nimmt Kohler (17o) als Vertreter der Pendenztheorie an (171), daß die Mietzinsforderung, soweit eine Verfügung über sie im Rahmen des § 574 wirksam wäre, noch in der Person des früheren Eigentümers und Schuldners der Gegenforderung entsteht und lediglich noch nicht fällig ist, sich aber nicht als bloß künftige Forderung darstellt. Insofern soll dann die Veräußerung zugleich den Charakter einer Abtretung dieser Mietzinsforderung an den Erwerber haben, dem sie "natürlich" zukommen soll, aber eben nur kraft dieser Zession.

Diese gekünstelte und dem Gesetz nicht zu entnehmende Konstruktion wendet Kohler an, um seine Theorie einer Vinkulierung der Forderungen halten, bzw. beweisen zu können (172).

Wichtig ist für uns, daß in den beiden vorgenannten Möglichkeiten niemals eine Aufrechnungslage zwischen dem Erwerber und dem Mieter bestanden hat; denn Schuldner der Gegenforderung ist der Veräußerer, Gläubiger der Hauptforderung hingegen der Erwerber, der nur insoweit seine Gläubigerstellung vom Veräußerer ableitet, als diese sich aus dem übertragenen Eigentum ergibt (173). Auch wenn also der Mieter die Gegenforderung sogar schon vor dem Eigentumsü-

---

(169) Eine Verfügung über künftige Forderungen könnte allensfalls wirksam sein, wenn sie einst solche des Verfügenden sein werden, vgl. Kohler, S. 41.

(17o) Seite 4o, 41.

(171) Endemann, S. 825, glaubt u.a. aus § 575 einen "Schwebezustand" der Forderungen entnehmen zu können.

(172) Siehe unten.

(173) Vgl. auch Schlichting, S. 35.

fertigung heranzieht, so kann man nur mit Feder (166) sagen, daß sie nichts beweist; "denn sie beweist mehr als sie soll"! Es hat hier nämlich überhaupt keine Aufrechnungslage gegeben und wenn trotzdem eine Aufrechnung möglich ist, so kann in diesem Fall nicht die Aufrechnungslage ursächlich sein (167).

Der gleiche Einwand ist aus § 575 zu entnehmen. Danach kann, soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber der Mietsache gegenüber wirksam ist, der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den vormaligen Vermieter zustehende Forderung aufrechnen. Dies ist aber u.a. dann unzulässig, "wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt hat".

Wir können hier also ähnlich wie bei § 406 (168) zwei Fälle unterscheiden:

1. Die Gegenforderung bestand bereits vor dem Eigentumsübergang.
2. Der Mieter erwarb die Gegenforderung in Unkenntnis des Eigentumsübergangs erst nach diesem.

Nach § 571 Abs. 1 tritt der Erwerber zwar "in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein". Das bedeutet jedoch nicht, daß eine für den Veräußerer zur Zeit des Eigentumsübergangs etwa schon vorhandene Mietzinsforderung gegen den Mieter ebenfalls an den Erwerber übergeht.

---

(166) Seite 463.

(167) Feder, S. 463; Lang, S. 29. Weigelin, S. 88, 89, nimmt an, daß mit dem Erwerb einer Gegenforderung ein bedingtes Recht zur Aufrechnung entsteht, ähnlich auch Kohler, S. 37 ff. ("bedingte Vinkulierung"), hiergegen Lippmann, Rückwirkung, S. 458 ff. Siehe auch Koban, S. 45.

(168) Siehe oben Seite 36.

Ebensowenig liegt eine Abtretung der späteren Mietzinsforderungen vor; denn insoweit handelt es sich um künftige Forderungen (169), die unmittelbar aus eigenem Recht in der Hand des Erwerbers auf Grund dessen Eigentums entstehen. Allerdings nimmt Kohler (17o) als Vertreter der Pendenztheorie an (171), daß die Mietzinsforderung, soweit eine Verfügung über sie im Rahmen des § 574 wirksam wäre, noch in der Person des früheren Eigentümers und Schuldners der Gegenforderung entsteht und lediglich noch nicht fällig ist, sich aber nicht als bloß künftige Forderung darstellt. Insofern soll dann die Veräußerung zugleich den Charakter einer Abtretung dieser Mietzinsforderung an den Erwerber haben, dem sie "natürlich" zukommen soll, aber eben nur kraft dieser Zession.

Diese gekünstelte und dem Gesetz nicht zu entnehmende Konstruktion wendet Kohler an, um seine Theorie einer Vinkulierung der Forderungen halten, bzw. beweisen zu können (172).

Wichtig ist für uns, daß in den beiden vorgenannten Möglichkeiten niemals eine Aufrechnungslage zwischen dem Erwerber und dem Mieter bestanden hat; denn Schuldner der Gegenforderung ist der Veräußerer, Gläubiger der Hauptforderung hingegen der Erwerber, der nur insoweit seine Gläubigerstellung vom Veräußerer ableitet, als diese sich aus dem übertragenen Eigentum ergibt (173). Auch wenn also der Mieter die Gegenforderung sogar schon vor dem Eigentumsü-

---

(169) Eine Verfügung über künftige Forderungen könnte allensfalls wirksam sein, wenn sie einst solche des Verfügenden sein werden, vgl. Kohler, S. 41.

(17o) Seite 4o, 41.

(171) Endemann, S. 825, glaubt u.a. aus § 575 einen "Schwebezustand" der Forderungen entnehmen zu können.

(172) Siehe unten.

(173) Vgl. auch Schlichting, S. 35.

Auf der anderen Seite bedarf es aber - dem Grundsatz der Parteiautonomie folgend - der Aufrechnungserklärung, um die Wirkungen der Aufrechnung herbeizuführen. Es liegt bei dieser Ausgestaltung des Rechtsinstitutes auf der Hand, daß eine Aufrechnungslage ohne Abgabe einer Aufrechnungserklärung keine Aufrechnungswirkungen nach sich ziehen kann und daß umgekehrt eine Aufrechnungserklärung ohne Vorhandensein einer Aufrechnungslage "in den Wind erklärt wird" (179).

Allerdings muß den §§ 39o Satz 2, 392, 4o6, 575, 357, 554 Abs. 2 und §§ 53 ff. KO (18o) der Schluß entnommen werden, daß in ihnen das Vertrauen des Schuldners der Hauptforderung auf sein Aufrechnungsrecht geschützt wird (181): ihm soll aus einem außerhalb seiner Person liegenden Grund nicht ein bereits vorhandenes oder immerhin schon absehbares Aufrechnungsrecht entzogen werden (182). Daß aber diesen Bestimmungen nicht die selbständige Tilgungskraft der Aufrechnungslage entnommen werden kann, ist schon oben nachgewiesen worden.

Ebensowenig kann man ihnen die Bedeutung beimessen, daß es "überwiegend" auf das aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen ankommt (183). Wir haben bereits gesehen, daß es sowohl der Aufrechnungslage als auch der Aufrechnungserklärung bedarf, um die Aufrechnungswirkungen her-

---

(179) Cleffmann, S. 25.

(18o) Zu §§ 53 ff. KO vgl. Weigelin, S. 98 ff., der für die Aufrechnung im Konkurs als eine Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit den Umstand bringt, daß das Einziehungsrecht an einer Forderung des Gemeinschuldners mit Konkurseröffnung auf die Gläubigerschaft, bzw. den Konkursverwalter übergeht, § 6 KO. Das ist jedoch m. E. wie bei § 392 ein die Verfügungsmacht betreffender Fall; Weigelin selbst sieht ja nur das Einziehungsrecht als übergegangen an, wobei er allerdings (S. 1o3) für die Frage, ob Gegenseitigkeit vorliegt, denjenigen als Gläubiger einer Forderung auffaßt, der das Recht ihrer Einziehung für sich selbst hat.

(181) Siehe oben Seite 17, 18; Siber, S. 133.

(182) Vgl. Weismann, S. 35.

(183) Vgl. FN 186 und FN 176.

beizuführen. Sobald man eine der beiden Voraussetzungen in ihrem Stärkeverhältnis gegenüber der anderen zurücksetzt oder verstärkt (184), drängt sich zwangsläufig die Frage nach der juristischen Konstruktion eines solchen "Übergewichtes" auf. Ist eine Voraussetzung als "eigentliche" Ursache" anzusehen, dann vermag man aber wohl keine andere Erklärung für die nur "minder wirkungsvolle" zweite Voraussetzung - die dann genaugenommen diese Bezeichnung gar nicht verdient ! - zu finden, als in ihr eine Bedingung zu sehen. Gerade das ist jedoch hinreichend widerlegt!

Man hat hier immer wieder den Fehler begangen, die bereits oben ausführlich dargestellte Motivation des Gesetzgebers - nämlich den Besonderheiten beim Eintritt oder Bevorstehen der Aufrechnungslage Rechnung zu tragen (185) - mit der Annahme einer darin liegenden Konstruktion zu verwechseln.

Man kann dann aber Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung nur als gleichwertige Erfordernisse zur Herbeiführung der Aufrechnungswirkungen ansehen (186),

---

(184) Cleffmann, S. 4, drückt dies in einem mathematischen Bild aus: beide Voraussetzungen müssen "im umgekehrten Kräfteverhältnis zueinander stehen, d. h. hat das Gesetz den einen Faktor mit größerer Kraft ausgestattet, so nimmt dadurch die Bedeutung des anderen ab".

(185) Siehe oben Seite 17, 18.

(186) Cleffmann, S. 25.
Die meisten Autoren halten Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung zwar für wesentlich, legen trotzdem das Schwergewicht jedoch auf eine der beiden (vgl. oben FN 176), so auf die Aufrechnungslage: Enn.-Lehmann, S. 286; G. und D. Reinicke, S. 363; BGB-RGRK (Löscher), Anm. 3 vor § 387: die Aufrechnungslage bilde wirtschaftlich (!) den eigentlichen Grund für die Aufrechnung überhaupt; Esser, S. 309; - auf die Aufrechnungserklärung: z. B. wohl Schlichting, S. 58: "Koexistenz der Forderungen bleibt die Voraussetzung der Aufrechnung und die Erklärung das eigentlich Wirkende, die Ursache"; Soergel-Siebert (Schmidt), § 389 Rdnr. 1, 2; Oertmann, BGB, Vorb. 3

wofür denn ja auch die Gesetzessystematik bei unbefangener Betrachtung spricht, und es erscheint immer noch der Weg als der bessere, der sich auf das Gesetz zu stützen vermag.

c) Wir müssen uns dann allerdings eingestehen, daß wir für die in § 389 vorgeschriebene Rückwirkung keine andere Erklärung anbieten können als die einer positiven Ausnahmebestimmung (187), welche der schon mehrfach gezeigten besonderen Einstellung der Parteien beim aufrechenbaren Gegenübertreten gegenseitiger Forderungen gerecht zu werden bestimmt ist; denn nachdem die Aufrechnungswirkungen infolge der Gleichwertigkeit beider Aufrechnungserfordernisse grundsätzlich erst bei deren Erfüllung eintreten würden, bedarf es zur Vermeidung dieses sonst aus den dargelegten Gründen unbilligen Ergebnisses der Anordnung der Rückwirkung. Ebenso stellen sich die

---

vor § 387; Palandt-Danckelmann, § 389 Anm. 1. - Nach v. Hertzberg, S. 35, tritt die Wirkung der Aufrechnung nicht bloß mit ihr und durch sie ein, "sondern zugleich und vorzüglich durch den Willensinhalt der kompensierten Rechte selbst (ipso iure), welchen sich die Willenserklärung des Aufrechnenden zu eigen macht".

(187) Ebenso Motive II S. 1o7 ff. und S. 131 ff.; Leonhard, Nichtschuld, S. 191, und Schuldrecht, S. 63o; Siber, S. 131 ff.; Matthiaß, S. 441, 442; Greis, S. 67, 69; Cleffmann, S. 22, 23; Feder, S. 473; Weismann, S. 29; Lang, S. 59. -

Oertmann, Aufrechnung, S. 414, hält die Rückwirkung für "jedenfalls konstruktiv schwer erklärbar", in BGB, § 389 Anm. 1, führt er sie nicht auf einen positiven Ausnahmesatz, sondern auf die durch die Auffechnungslage geschaffene Aufrechenbarkeit zurück. - Nach v. Hertzberg, S. 35, beruht die Rückwirkungskraft nicht auf einer positiven Rechtsregel, "sondern sie hat in dem Wesen des Instituts selbst ihre unabweisbare und denkbar folgerichtigste Begründung". Er übersieht dabei jedoch, daß auch eine Aufrechnung ohne Rückwirkung ohne weiteres denkbar und möglich ist, vgl. Oertmann, BGB, Vorb. 3 vor § 387. Dernburg, S. 299, läßt die Rückziehung "keine Fiktion involvieren".

§§ 39o Satz 2, 392, 4o6, 575, 357, 554 Abs. 2 und §§ 53 ff. KO als konsequente Ausprägungen dieses gesetzgeberi-

Rufen wir uns das über die Rückwirkung als solche Gesagte hier ins Gedächtnis zurück (189), so hat der Gedanke weiter nichts Erschreckendes an sich, sie nicht im Wege einer Konstruktion erklären zu können, sondern lediglich eine "materielle" Begründung (19o) - eher Rechtfertigung - für sie zu haben, sie im übrigen aber auf eine Ausnahmebestimmung zurückführen zu müssen (191).

d) Entgegen der heute wohl herrschenden Meinung vermag ich ebensowenig der Aufrechnungslage die Wirkung einzuräumen, daß sie über die Entstehung des Rechts zur Aufrechnung als solches hinaus die Forderungen "beeinflußt"

---

(188) Vgl. auch Schlichting, S. 61; Greis, S. 74; Leonhard, Nichtschuld, S. 196 ff.; Soergel-Siebert (Schmidt), § 389 Rdnr. 1, 2; Schollmeyer, S. 338.
Endemann, S. 824, lehnt es ab, die Bestimmungen "bloß als positivrechtliche hinzustellen". Sie seien "vielmehr Ausdruck eines gesetzlichen Grundgedankens". Das stimmt - wenn auch in einem anderen Sinn!

(189) Siehe oben Seite 25 bis 28.

(19o) Vgl. - auch zu folgendem - Liebknecht, S. 1o5, wonach die verschiedenen Meinungen über die Form des Aufrechnungsvollzuges vielfach ihre Erklärung finden "in einem Widerstreit zwischen dem juristischen Konstruktionsbedürfnis, das nur mit gewissen gängigen Denkformen zu operieren geneigt ist, und einem Bedürfnis des praktischen Lebens".

(191) Vgl. die treffenden Ausführungen von Feder, S. 475 ff., nach denen der Begriff der Rückwirkung, der fingierten Wirksamkeit, hinter einer richtigen Konstruktion der vorgeschriebenen Wirkung zurücktreten muß, ihm aber der Vorzug zu geben ist "vor jeder Künstelei und am Ende doch unzulänglichen Konstruktion".
Siehe auch Leonhard, Nichtschuld, S. 191.

(192), "vinkuliert" (193), daß ein "Kompensationsnexus" entsteht (194) oder sie gar einen "Schwebezustand" (195) zur Folge hat.

Das sind alles nur Bilder, die allenfalls einer gewissen Verdeutlichung, einem Anschaulichmachen dienen können, die aber bei der Prüfung auf ihren juristischen Gehalt zu nicht greifbaren Schemen zerrinnen (196) und die darüber hinaus - vor allem durch die damit hervorgerufenen Assoziationen zu vorhandenen Rechtsinstituten - nur Irrtümer zu schaffen geeignet sind.

Die Gefährlichkeit solcher Vergleiche oder Bezeichnungen zeigt sich am deutlichsten in der Annahme eines "Schwebezustands". Dieser Begriff löst zwangsläufig die Frage aus, wodurch und mit welchen Folgen er beendet wird. "Schwebezustand" heißt jedoch nichts anderes, als daß ein Rechtsverhältnis oder ein Rechtserfolg bis zum Eintreten eines bestimmten Ereignisses - hier also der Aufrechnungserklärung - "schwebend", mithin unentschieden ist. Damit kommen wir aber genau wieder zur Bedingung!

Eine Begründung für eine solche behauptete Beeinflussung der Forderungen könnte allenfalls daraus herzuleiten sein, daß man sie als von der besonderen Rechtsnatur und Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Aufrech-

---

(192) Enneccerus-Lehmann, S. 286.

(193) Kohler, S. 32 ff. Er versteht unter der Vinkulierung noch kein Recht oder Rechtsverhältnis selbst, sondern eine "zivilistische Situation" (!), " einen rechtlichen Stand der Sache, der für die künftige Rechtsentwicklung bedeutsam sein kann".

(194) Koban, S. 43 ff.

(195) Enneccerus-Lehmann, S. 286; Endemann, S. 824; Heck, S. 187 ff.; Crome, S. 298, 299: das Erlöschen der Forderungen ist in der Schwebe, ihre Vollwirksamkeit gebrochen.

(196) Vgl. Leonhard, Nichtschuld, S. 195, und Schuldrecht, S. 631.

nung her bedingt annimmt, auf welche etwa die Bestimmungen des Allgemeinen Teils - z. B. über die Bedingung - nicht anwendbar seien. Abgesehen davon, daß eine solche Auffassung als kaum vertretbar erscheint, würde sie die von uns herangezogenen Vorschriften ebenfalls als Ausnahmebestimmungen auffassen müssen (197).

Man muß daher die Forderungen bis zur Abgabe der Aufrechnungserklärung für völlig unbeeinflußt halten (198), sie können immer noch ihr eigenes Schicksal haben. Die Aufrechnungslage ist dann zwar nicht ein "zufälliger, tatsächlicher Umstand" (199), wohl aber stehen sich die Forderungen "objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos" (2oo) gegenüber.

2) Das bedeutet für unsere Ausgangsfrage nach dem maßgeblichen Deckungsverhältnis, daß sie sich nicht aus einem etwaigen Übergewicht einer der beiden Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung beantworten läßt. Vielmehr drängt sich der Schluß auf, daß, da die Aufrechnungserklä-

---

(197) Es sei zu vorstehendem insbesondere auch auf die allgemeinen Ausführungen von Weigelin, S. 32 ff., über Begriff und Aufgabe der juristischen Konstruktion verwiesen.

(198) Motive II S. 1o7, 1o9; Protokolle I S. 366; Matthiaß, S. 247; Greis, S. 67; Lippmann, Rückwirkung, S. 452; Planck, Vorb. 2, zu § 387; Schollmeyer, S. 327; Siber, S. 131; Windscheid-Kipp, S. 475; Marwitz, S. 357; Schlichting, S. 56; v. Hertzberg, S. 36; Feder, S. 473; Lang, S. 4o; Leonhard, Nichtschuld, S. 18o, und Schuldrecht, S. 631, 632; Huber, S. 12; vgl. auch die bei Weigelin, S. 7 in FN 7 genannten. -
Weigelin, S. 21, sieht in dem Aufrechnungsrecht - aber nur insoweit! - eine Abschwächung oder Belastung der Forderungen, andere Wirkungen seien dem Gesetz fremd. - Was soll man heute noch zu einem Ausspruch wie dem Kohlers, S. 32, sagen: "Würden wir diese Vinkulierung streichen, das ganze Institut und damit unser ganzes Rechtsleben würden viel an Feinheit und Angemessenheit verlieren"? Als ob das rechtliche Kriterien wären!

(199) RGZ (1928) 12o, 282.

(2oo) RGZ (19o7) 66, 273; ablehnend u.a. Larenz, S. 311; Soergel-Siebert (Schmidt), § 389 Rdnr. 1, 2.

rung die Aufrechnungswirkungen zeitigt, dann auch erst das Deckungsverhältnis in diesem Zeitpunkt entscheidend sein könnte.

Wenn wir aber auch eingangs festgestellt haben, daß aus § 389 unmittelbar unsere Frage nicht zu entscheiden ist, so müssen wir jedoch trotzdem auf Grund der Motive des Gesetzgebers, deren Ausfluß § 389 ist, zu dem Ergebnis gelangen, daß wir vom Deckungsverhältnis zur Zeit des aufrechenbaren Gegenübertretens der Forderungen auszugehen haben. Beim Eintritt der Aufrechnungslage fühlt sich der Schuldner nicht mehr als solcher und in diesem Vertrauen soll er geschützt werden. Da das Deckungsverhältnis die größenmäßige Beziehung der sich gegenüberstehenden Forderungen zueinander ist, also sozusagen die "ziffernmäßige, rechnerische Konkretisierung", muß man folglich auch hierfür an dem vom Gesetz für schutzwürdig erachteten Zeitpunkt anknüpfen, also an den Eintritt der Aufrechnungslage (2o1).

3 a) Man könnte allerdings an dieser Stelle uns anscheinend berechtigterweise den Vorwurf machen, daß wir den Schluß auf das maßgebliche Deckungsverhältnis auch ohne lange Untersuchung über den für das Vorhandensein der Aufrechnungsvoraussetzungen entscheidenden Zeitpunkt allein auf Grund der eben angestellten Erwägungen hätten ziehen können.

Jedoch abgesehen davon, daß eine solche "psychologische", letzten Endes von Billigkeitsrücksichten her gewonnene Begründung hinter einer zutreffenden Konstruktion zurückstehen und deshalb zuerst der Versuch unternommen werden muß, auf letzterem Wege zum Ziel zu kommen, erweist sich die vorangegangene Prüfung keineswegs als überflüssig, wenn wir uns den Fall vor Augen halten, daß die

---

(2o1) So G. und D. Reinicke, S. 364 l. Sp.

bei Eintritt der Aufrechnungslage vorhandene Gegenforderung in der Zeit vor Abgabe der Aufrechnungserklärung entfällt (2o2).

b) Wir haben bereits gesehen (2o3), daß für die wirksame Aufrechnung auch das Vorhandensein "voll"gültiger Forderungen notwendig ist, und zwar regelmäßig zum Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung. Danach würde der Wegfall der zunächst vorhanden gewesenen Gegenforderung an und für sich das damit gegebene Aufrechnungsrecht (2o4) wieder in Fortfall kommen lassen (2o5). Es ist hierbei aber folgendes zu bedenken: als maßgeblich haben wir das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage ermittelt. Dann muß es regelmäßig (2o6) außer Betracht bleiben, wenn sich das Deckungsverhältnis verändert hat, etwa weil die Geldwertforderung, mit der aufgerechnet wird, beispielsweise durch Kursstürze sinkt, jedoch nicht gänzlich entfällt. Hier ist immer

---

(2o2) G. und D. Reinicke, S. 363 l. Sp., erwähnen als Beispiel den Fall, daß in unserem, oben Seite 3 mitgeteilten Ausgangsfall die Gesellschaft in Konkurs gegangen ist, deren Aktien der Gläubiger A der Hauptforderung unberechtigterweise veräußert hatte.

(2o3) Siehe oben Seite 37, 38 und FN 144.

(2o4) Siehe oben Seite 5o und FN 178.

(2o5) Es spielt hier m. E. das von G. und D. Reinicke nicht angesprochene Problem der sogenannten überholenden Kausalität mit herein; denn im obigen Beispiel (FN 2o2) wäre ja der Schaden auch ohne die widerrechtliche Veräußerung durch A entstanden. Stellt man hier darauf ab, daß immerhin bei Eintritt der Aufrechnungslage eine Gegenforderung vorhanden war und läßt man mit Rücksicht darauf die spätere Entwicklung, ja sogar die Gründe eines gänzlichen Fortfalls derselben außer Betracht, so ist nicht zu verkennen, daß B bevorzugt wäre, da er - hätte nicht die Hauptforderung aufrechenbar gegenübergestanden - andernfalls ja mangels Schaden keine Forderung geltend zu machen gehabt hätte, hier hingegen durch seine Aufrechnung sich von seiner Schuld zu befreien imstande wäre. - Ein näheres Eingehen auf diese für uns nur nebensächliche Frage würde zu weit führen.

(2o6) Über die sich hiervon ergebenden Ausnahmen s.u.

noch die Gegenforderung vorhanden, welche sich lediglich ihrer Höhe nach verkleinert hat. Daß eine Gegenforderung in bestimmter Höhe gegeben war und auch zur Zeit der Aufrechnungserklärung unverändert in eben diesem Umfang noch vorliegt, ist keine Aufrechnungsvoraussetzung; es genügt, wenn überhaupt nur irgendwelche Forderungen sich aufrechenbar gegenüberstehen, ein bestimmtes Deckungsverhältnis ist keineswegs notwendig, da es ja nur die "Hülse" der Forderung zahlenmäßig, rechnerisch ausfüllt.

c) Dies verkennen G. und D. Reinicke, wenn sie der Meinung sind (2o7), daß es auf die Frage nach dem für das Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen entscheidenden Zeitpunkt deshalb ankommt, "weil die Aufrechnungsvoraussetzungen, soweit sich das Deckungsverhältnis seit dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage zuungunsten der aufrechnenden Partei geändert hat, im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung nicht mehr gegeben sind". Vielmehr trifft das nach obigen Ausführungen einzig und allein für die von G. und D. Reinicke als "Grenzfall" bezeichnete Situation zu, daß der ursprüngliche Schaden, den die Geldwertforderung zum Inhalt hatte, vollkommen entfallen ist.

d) Berücksichtigt man dies, so wäre die notwendige Folge, daß - bei nicht nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis - ein Absinken der Gegenforderung vom größten Betrag bis zu einem Pfennig herunter im Extremfall das ursprüngliche Deckungsverhältnis nicht zuungunsten ihres Gläubigers beeinträchtigen würde, da immer noch "eine Forderung" als Aufrechnungsvoraussetzung vorliegt, die zur Abgabe der Aufrechnungserklärung berechtigt, wodurch wiederum das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage in Anwendung kommt.

Entfällt hingegen die Gegenforderung völlig, so fehlt es an einer Voraussetzung für die Aufrechnung und

---

(2o7) Seite 363 l. Sp.

der "Gläubiger" der Gegenforderung wäre infolgedessen gehindert, durch seine Aufrechnungserklärung die Wirkungen der Aufrechnung nach Maßgabe des Deckungsverhältnisses bei der Aufrechnungslage herbeizuführen.

e) Es liegt auf der Hand, daß ein solches Ergebnis als willkürlich und unannehmbar erscheinen muß.

Wie wir bereits oben gesehen haben, fußen alle diejenigen Bestimmungen, die den Grundsatz vom Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen bei Abgabe der Aufrechnungserklärung durchbrechen, auf Billigkeitserwägungen. Im Hinblick darauf und unter Berücksichtigung dessen, daß - wie die vorliegende Arbeit zeigt - bei der unübersehbaren Vielzahl der Lebenstatbestände eine allen Gegebenheiten Rechnung tragende Regelung dem Gesetzgeber nicht möglich sein kann, ist es geboten, diesen Gesichtspunkt der Billigkeit auch auf andere, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fälle zu übertragen (2o8).

Dann kommen wir aber dazu, die Aufrechnung trotz des späteren Wegfalls der zunächst vorhandenen, wirksamen Gegenforderung zuzulassen.

(2o8) Gegen eine solche extensive Anwendung des in den genannten Bestimmungen enthaltenen Grundgedankens wenden sich u.a.: Kreß, S. 565, 566 (für §§ 4o6, 392 und 53 ff. KO); Schlichting, S. 61 (für §§ 357, 39o S. 2; ebenso für alle anderen Vorschriften derselbe aaO FN 3). - Dagegen befürworten sie u.a.: Weismann, S. 37 (für §§ 357, 554 Abs. 2); Greis, S. 74 ff. (für §§ 357, 554 Abs. 2); Binder, S. 26, 27 (für § 389); Leonhard, Schuldrecht, S. 627 (für §§ 357, 554 Abs. 2); G. und D. Reinicke, S. 364; BGHZ GSZ 2, 3oo.

K a p i t e l 3

Haben wir uns nun ganz allgemein Klarheit darüber verschafft, welches Deckungsverhältnis maßgebend ist, wenn beide Parteien aufrechnungsberechtigt und die sich gegenüberstehenden, aufrechenbaren Forderungen unverändert geblieben sind, so gilt es jetzt zu unserer Ausgangsfrage zurückzukehren (2o9), nämlich ob es bei der Bejahung der Gleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderungen zu unbilligen Ergebnissen führt, wenn man auf Grund unserer vorausgegangenen Untersuchung das Dekkungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage auch dann anwendet, wenn nur eine der beiden Parteien aufrechnen kann.

Diese Frage ist nicht abstrakt zu entscheiden. Wir können es uns deshalb nicht ersparen, an dieser Stelle an Hand konkreter Beispiele die einzelnen denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen, um dann - falls wir wie G. und D. Reinicke die sodann gewonnenen Ergebnisse als unbillig und unannehmbar empfinden - gegebenenfalls andere Lösungen zu versuchen.

I. Es soll a eine Geldsummen- und b eine Geldwertforderung sein, deren Gleichartigkeit unterstellt wird.

1) In diesem Falle kann die Geldwertforderung nach unseren früheren Ausführungen (21o) sich sowohl nach oben als auch nach unten hin verändern, diese Veränderlichkeit ist kennzeichnend für sie. Allerdings braucht auch die Geldsummenforderung sich nicht unbedingt auf einen einmal gegebenen Betrag zu beschränken, auch sie kann sich ändern.

Was eine Erhöhung der Geldsummenforderung anlangt,

(2o9) Siehe oben Seite 7, 11, 12.
(21o) Siehe oben Seite 5 bis 7.

so müssen wir uns daran erinnern, daß die Aufrechnungslage die Forderungen als solche unberührt läßt und diese also ein von einander unabhängiges Schicksal haben können. Das bedeutet, daß auch nach Eintritt der Aufrechnungslage Verzug eintreten oder eine Vertragsstrafe verfallen kann und daß auch ein Zinslauf nicht gehemmt wird (211). Erst die Aufrechnungserklärung mit der ihr vom Gesetz beigelegten Rückwirkung beseitigt wieder diese Folgen (212).

Demnach kann zunächst auch die Geldsummenforderung dadurch ansteigen, daß etwa ihr Schuldner durch säumige Leistung dem Gläubiger einen Verzugsschaden zufügt (213), daß Verzugszinsen auflaufen oder infolge nicht rechtzeitiger Leistung zugunsten des Gläubigers eine Vertragsstrafe verwirkt wird, wobei jedoch zu bedenken ist, daß es sich insoweit um reine Nebenfolgen handelt (214).

Dagegen ist eine Verminderung der Geldsummenforderung, die ja keinen Schadenersatzanspruch zum Gegenstand hat, grundsätzlich nicht denkbar (215); Gesichtspunkte wie etwa der der Vorteilsausgleichung u.ä. sind allein schadenersatzrechtliche und müssen deshalb unberücksichtigt bleiben.

---

(211) Das ist heute einhellige Meinung und bedarf weiter keines Nachweises.

(212) Leonhard, Nichtschuld, S. 182 ff., hält u.a. bei Zinsen und Vertragsstrafen eine Rückwirkung für ausgeschlossen.

(213) Siehe hierzu oben Seite 14, 15.

(214) Vgl. oben Seite 7 FN 2o.

(215) Es ist aber natürlich der Fall denkbar, daß sie etwa durch Verzug anstieg (siehe hierzu unten) und daß dieser hinzukommende Schadensbetrag seinerseits unter dem Gesichtspunkt der compensatio lucri cum damno oder ebenfalls durch Kurseinbußen sonst etwa gekaufter Wertpapiere sich wieder vermindert. Ich kann mir aber keinen Fall vorstellen, daß die "eigentliche" Geldsummenforderung sich vermindern könnte; denn diese ist eben von vornherein auf einen ganz bestimmten Betrag gerichtet. Zwar können die Parteien einverständlich, der Gesetzgeber (etwa bei einer Währungsreform) oder u. U. der Richter im Wege der Vertragshilfe die Geldsummenforderung herabsetzen, aber das ist etwas anderes.

2) Die danach für die Zeit vom Eintritt der Aufrechnungslage bis zur Abgabe der Aufrechnungserklärung denkbaren verschiedenen Möglichkeiten der in Frage stehenden Forderungen zeigt am deutlichsten die nachfolgende (216)

Übersicht I

Forderung a			Forderung b		
Fall	gleich	gestieg.	gleich	gestieg.	ges.
1	1000		1000		
2	1000			2000	
3	1000				500
4		1500	1000		
5		1500		2000	
6		1500			500

3) Es soll zunächst davon ausgegangen werden, daß beide Parteien aufrechnungsberechtigt sind.

a) Zum besseren Verständnis diene das folgende Beispiel: A hat etwa aus Darlehen gegen B eine (Geldsummen-) Forderung, während B Gläubiger des Schadenersatzanspruches b ist, der aus einer von A fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung stammt.

Der 1. Fall, daß die Geldsummenforderung a und die Geldwertforderung b sich nicht verändert haben, wirft keinerlei Probleme auf und bedarf deshalb keiner Erörterung.

Fall 2: a ist gleich geblieben (1000), während der Anspruch des B infolge Kurssteigerung der z. B. von A ver-

(216) Die Zahlen bezeichnen die ziffernmäßige Höhe der Forderungen für die rechnerische Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten in den nachfolgenden Beispielen.

äußerten Wertpapiere sich dementsprechend von 1ooo auf 2ooo erhöht hat. - Hier hat B ein Interesse daran, nicht das niedrigere Deckungsverhältnis von 1ooo : 1ooo zur Anwendung kommen zu lassen, wie es bei der Aufrechnung nach unseren vorangegangenen Ausführungen der Fall wäre. Da er zur Aufrechnung ja nicht verpflichtet ist, wird er vernünftigerweise den sich auf 1ooo belaufenden Anspruch des A in bar erfüllen und dann seinen eigenen Anspruch in voller Höhe von 2ooo geltendmachen (217).

Im Fall 3 hingegen, wenn zwar a gleichgeblieben, b aber durch Kursverluste gesunken ist, liegt es auf der Hand, daß es für den Gläubiger B der gesunkenen Geldwertforderung vorteilhafter ist, das ursprüngliche Deckungsverhältnis wirken zulassen. Da mit Abgabe der Aufrechnungserklärung - durch welche der beiden Parteien dies auch immer geschieht! - das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage maßgeblich ist, wird B also zweckmäßigerweise aufrechnen. Dadurch erreicht er eine vollkommene Tilgung der gegenseitigen Forderungen, statt selbst noch 5oo leisten zu müssen.

Von der jeweiligen Interessenlage der Parteien her gesehen, liegt es bei den folgenden Fällen gerade umgekehrt.

Fall 4: die Geldsummenforderung a ist - durch Zinsen, Verzug oder Vertragsstrafe - gestiegen, während die Geldwertforderung b unverändert geblieben ist. - Die Parallele hierzu liegt im obigen Fall 2, nur daß es nun A ist, der seine erhöhte Forderung zu realisieren bemüht sein wird, was er erreichen kann, wenn er die Gegenforderung b erfüllt und seinerseits dann den erhöhten Betrag - 15oo - geltend macht (218); denn rechnet er (oder B) auf, so ist

---

(217) Siehe ferner - auch für die folgenden Fälle - unten.

(218) Voraussetzung ist selbstverständlich immer, daß es sich um "gleich gute" Schuldner handelt, m.a.W. also nicht etwa die Vermögensverhältnisse einer Partei derart fragwürdig sind, daß der Gegner sich lieber mit dem bewußten "Spatzen in der Hand" begnügt, indem er aufrechnet.

nur das Deckungsverhältnis 1000 : 1000 entscheidend, was zwar für B, nicht aber für A günstig ist.

Bei Fall 5 sind sowohl a als auch b angestiegen, so daß nach obigem jede der beiden Parteien ein Interesse daran hat, zwar in den Genuß der eigenen erhöhten Forderung zu kommen, gleichzeitig aber zu vermeiden, daß auch für die entgegengesetzte Forderung das höhere Deckungsverhältnis zum Zuge kommt. Ein solches verständliches Bemühen können die Parteien allerdings nicht verwirklichen; denn entweder wird aufgerechnet, dann muß grundsätzlich für beide Forderungen das Deckungsverhältnis bei Eintritt der Aufrechnungslage gelten, oder die Aufrechnungserklärung unterbleibt, wodurch sich dann die Parteien einander die jeweils erhöhten Leistungen schulden.

Daraus geht weiter hervor, daß in einem solchen Fall jede Partei ihre Handlungsweise darauf abstellen wird, was jeweils für sie günstiger ist, da ja der Wert der eigenen Forderung beeinflußt und mitbestimmt wird vom Wert der anderen Forderung, den wiederum je nach dem die Abgabe oder das Unterlassen der Aufrechnungserklärung prägt.

In unserem Zahlenbeispiel (219) ist es für B vorteilhafter, nicht aufzurechnen, da er dann nach Leistung der 1500 an A seinerseits 2000 zu fordern hat, also einen "Überschuß" von 500 verbuchen kann. Die Aufrechnung würde hingegen das ursprüngliche Deckungsverhältnis von beiderseits 1000 zur Anwendung kommen lassen mit der Wirkung, daß die Parteien vollkommen quitt sind. Umgekehrt wird hier A, obwohl auch seine Forderung angestiegen ist, ein Interesse daran haben, die Aufrechnung mit dem soeben gezeigten Ergebnis eintreten zu lassen, um eine "Mehrforderung" seitens des B in Höhe von 500 zu vereiteln.

Ganz eindeutig offenbart sich die Interessenlage im

---

(219) Siehe die Übersicht I auf Seite 63.

Fall 6, wenn die Geldsummenforderung gestiegen (22o), die Geldwertforderung hingegen gesunken ist. - Hier muß es immer im Interesse des B liegen, zu erreichen, daß er seiner eigenen Forderung einen möglichst hohen Wert gibt, indem er das ursprüngliche Deckungsverhältnis zugrundezulegen versucht, was er mit der Aufrechnungserklärung zu Weg bringen kann, wodurch gleichzeitig die Erhöhung der Geldsummenforderung ausgeschaltet wird. Das Interesse A's ist dem genau entgegengesetzt: für ihn ist es einzig und allein günstig, eine Aufrechnung auszuschließen, da er dann nach Befriedigung der in unserem Beispiel 5oo betragenden Forderung des B seinerseits statt ursprünglich nur 1ooo nun sogar 15oo fordern kann, also einen "Gewinn" von 1ooo hat, während bei einer Aufrechnung die Forderungen unter Zugrundelegung der in unserem Fall angenommenen ursprünglichen Höhe von je 1ooo restlos erlöschen würden.

b) Betrachten wir nun die Beispiele 1 bis 6, so zeigt es sich, daß je nach dem ein Anwachsen oder Absinken der eigenen oder der entgegenstehenden Forderung für die Parteien günstig oder nachteilig ist. Können - wie wir unterstellt haben - beide aufrechnen, so ist nichts ersichtlich, was auch nur den Anschein der Unbilligkeit erwecken könnte. Jeder hat es beliebig in seiner Hand, ob er aufrechnen oder erfüllen und dann seine eigene Forderung geltendmachen will. Ebenso vermag jeder, einer befürchteten, ihm nachteiligen entsprechenden Handlung des Gegners zuvorzukommen, indem B beispielsweise in Fall 6 einer von ihm als bevorstehend angesehenen Erfüllung seitens des A und den damit verbundenen, ihm - dem B - schädlichen Folgen durch seine eigene Aufrechnungserklärung die Spitze nimmt.

(22o) A hätte sich z. B. von der Darlehenssumme, mit deren Rückzahlung B in Verzug geraten ist, Wertpapiere angeschafft, die durch Kurssteigerung eine Werterhöhung erfahren haben.

Es besteht also eine echte "Waffengleichheit", jeder hat gleiche Chancen und es ist lediglich eine Frage der Priorität, wer hier das ihm günstigere Ergebnis zu erzielen vermag. Daß aber der Grundsatz des "prior tempore potior iure" oder des "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst" nichts unbilliges an sich hat, zeigt sich daran, daß es in den Fällen solcher Waffengleichheit und bei entgegengesetzter Interessenlage immer irgendeines weiteren Tatbestandsmerkmals im weitesten Sinne bedarf, um die nach einem Ausgleich drängenden Interessengegensätze einer endgültigen Lösung nicht zuletzt auch der Rechtssicherheit wegen zuzuführen. Als solches Kriterium bietet sich häufig die Zeit an, das temporäre Zuvorkommen, man vergleiche nur § 804 Abs. 3 ZPO, wonach das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht demjenigen vorgeht, das durch eine spätere Pfändung begründet wird.

c) Ein gewisses spekulatives Moment ist natürlich nie zu verkennen; denn wenn etwa der Gläubiger B der Geldwertforderung b in der Hoffnung, seine Forderung werde noch weiter steigen, die Geldsummenforderung a nicht erfüllt (221), sondern noch zuwartet und dann diesen Erwartungen zuwider die Forderung sogar noch unter ihre Höhe zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage absinkt (222), so ist eben es sein persönliches Pech und A hat buchstäblich Glück gehabt, während es dessen Risiko ist, wenn er aus Furcht vor einem Ansteigen von b die Nerven verliert und schnell aufrechnet und dann entweder bei b ein Kursverfall eintritt (223) oder seine eigene Forderung a verhältnismäßig höher gestiegen wäre (224), so daß er besser b erfüllt und seine eigene Forderung in voller Höhe realisiert hätte.

---

(221) Vgl. oben Fall 2.

(222) Vgl. oben Fall 3.

(223) Vgl. oben Fall 3 und 6.

(224) Die Aktien des B sind etwa von 1000 auf 1100 gestiegen, diejenigen, welche sich A gekauft hätte, dagegen von 1000 auf 1500.

Es handelt sich aber hierbei immer um bloße Enttäuschungen in der Vorstellungswelt der einzelnen Partei, in deren Macht es liegt, ob sie im Vertrauen auf solche Hoffnungen ein derartiges Risiko eingehen will. In jedem Fall kann jeder von beiden grundsätzlich das ihm günstigere in die Tat umsetzen, sofern er nicht durch sein Zuwarten in Gefahr läuft, daß der Gegner seinerseits dasselbe tut.

II. Diese Lage ändert sich jedoch gründlich, wenn nur noch eine Partei zur Aufrechnung befugt ist.

1) Wir wollen demzufolge unser Ausgangsbeispiel (225) derart umbilden, daß nun B Gläubiger des sich aus einer von A vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ergebenden Schadenersatzanspruches b ist. - Da gemäß § 393 "gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung nicht zulässig ist", bleibt es dem A als dem vorsätzlichen Täter versagt, mit seiner eigenen (Geldsummen-) Forderung a gegen b aufzurechnen, die Aufrechnungsbefugnis ist also einseitig.

Das bedeutet zunächst im obigen Fall 2 (226), daß B wiederum seine angestiegene Geldwertforderung nach Erfüllung der Geldsummenforderung a geltend machen wird, während er bei Fall 3 durch seine Aufrechnungserklärung das ursprüngliche Deckungsverhältnis von 1000 : 1000 zur Anwendung kommen läßt, wodurch er erreicht, daß das Absinken seiner Forderung nicht angerechnet wird.

Ähnlich liegt es in den folgenden Fällen. In Fall 4 ist die Aufrechnung dem B günstiger, weil damit die angestiegene Geldsummenforderung auf ihre frühere Höhe zurückgeschraubt wird, was im Fall 6 sogar noch wesentlich krasser hervortritt, wenn die eigene Forderung b des B gesunken ist. Hier hat die Aufrechnungserklärung nicht nur die Wirkung, daß die Erhöhung der Hauptforderung a außer Be-

---

(225) Siehe oben Seite 63.
(226) Dieser Fall entspricht BGHZ 27, 123, vgl. oben S. 3.

tracht bleibt, sondern sogar die Verminderung der Gegenforderung b ihrem Gläubiger unschädlich ist.

Bei Fall 5 wird - wie oben gezeigt - B seine Entschlüsse danach richten, was ihm in der jeweiligen konkreten Situation rechnerisch günstiger ist. Bei den in unserem Beispiel gewählten Größen ist - ähnlich wie in Fall 2 - die Erfüllung von a in Höhe von 1500 und die Geltendmachung der von 1000 auf 2000 erhöhten Geldwertforderung b vorteilhafter, da er dann immer noch einen "Überschuß" von (2000 - 1500 =) 500 hätte, bei einer Aufrechnung die Forderungen hingegen im ursprünglichen Deckungsverhältnis getilgt und die Parteien ohne weitere Ansprüche gegeneinander wären. Ist dagegen a stärker gestiegen als b, so kann B mit seiner Aufrechnung das frühere Deckungsverhältnis zur Anwendung bringen und es so erreichen, daß dem A dieser Unterschiedsbetrag nicht zugute kommt.

2) Wir haben in den vorangegangenen Fällen unser Augenmerk stets nur auf die dem Gläubiger B der Geldwertforderung b günstigere Handlungsweise gerichtet. Welche Möglichkeiten, welche "Waffen" stehen aber dem Gläubiger A der Geldsummenforderung a zur Verfügung?

Rufen wir uns in Erinnerung zurück, daß nur der Gläubiger B der Schadenersatzforderung zur Aufrechnung befugt ist, so ergibt sich folgendes: es ist A nicht möglich, die einmal angestiegene Gegenforderung b durch die Erklärung der Aufrechnung auf das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintrittes der Aufrechnungslage zurückzuführen, was in den Fällen 2 und 5 für ihn von Vorteil wäre.

Zieht man daraus die Folgerungen, so eröffnet sich dem allein aufrechnungsberechtigten Gläubiger B die Möglichkeit, in aller Ruhe nach Eintritt der Aufrechnungslage die künftige Entwicklung seiner eigenen, aber auch der Forderung des A zu beobachten.

Zeichnet sich etwa an der Börse eine Hausse ab, so kann er einigermaßen gelassen ihre Auswirkungen abwarten,

da selbst dann, wenn eine rückläufige Tendenz eintritt und seine Forderung gar unter ihre ursprüngliche Höhe sinkt, er durch die ihm allein mögliche Aufrechnungserklärung die Gewißheit hat, auf jeden Fall das frühere Deckungsverhältnis maßgeblich sein zu lassen. Steigt also seine Forderung, so erfüllt er die Hauptforderung a und macht die erhöhte Gegenforderung geltend. Sinkt diese aber, so rechnet er einfach auf und gleicht den Wertverlust seiner Forderung derart durch Zugrundelegung des früheren Deckungsverhältnis wieder aus. Er kann also die erhofften Vorteile abwarten und realisieren, ohne ein Risiko tragen zu müssen, wenn entgegen seinen Erwartungen etwa Kursverluste eintreten.

3 a) In dieser Besserstellung des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers der Geldwertforderung gegenüber dem Gläubiger der Geldsummenforderung (227) sehen nun G. und D. Reinicke eine Möglichkeit zu "risikoloser Spekulation", was zu "unsachgemäßen und unbilligen Ergebnissen" führe (228).

Mir scheint schon diese Annahme nicht zutreffend zu sein. Wir dürfen zunächst nicht vergessen, daß der solchergart bevorzugte Gläubiger das Opfer einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung ist; denn dann vermag man nicht einzusehen, was daran sonderlich unbillig sein soll, wenn der Schädiger - der vorsätzlich und damit regelmäßig besonders verwerflich gehandelt hat - gewisse Nachteile tragen muß. Insoweit stehe ich nicht an, den Bevorzugungen, wie sie sich nach den gezeigten Fällen für den Gläubiger der Schadenersatz-, also der Geldwertforderung, aus dessen alleiniger Aufrechnungsbefugnis nach § 393 ergeben können, einen

---

(227) Siehe weiter unten zu dem Fall, daß nur der Schuldner der Geldwertforderung aufrechnen kann.

(228) Seite 365.

gewissen Strafcharakter zuzusprechen (229).

b) Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß es auch einen Fall "wertneutraler" einseitiger Aufrechnungsbefugnis gibt. Nach § 394 "findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist". Hierunter fallen u. a. in den Grenzen der §§ 85o ff. ZPO Lohnforderungen. Die Versagung der Aufrechnungsmöglichkeit an den Gläubiger einer gegen den Gläubiger dieser nach Maßgabe der §§ 85o ff. ZPO unpfändbaren Lohnforderung gerichteten, an und für sich aufrechenbaren Forderung, beruht hier auf dem Gedanken, etwa dem Arbeitnehmer die für seinen notwendigen Lebensunterhalt unbedingt erforderlichen Mittel zu erhalten; denn wenn dieser auch durch eine Aufrechnung seitens des Schuldners der Lohnforderung von seiner eigenen Schuld gegenüber dem Arbeitgeber frei würde, so ist ihm damit doch meist nicht gedient (23o). Es sind also soziale Motive, welche zu dieser Bevorzugung führen, ein Sanktionscharakter wie bei § 393 fehlt völlig.

Dementsprechend hat A als der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger etwa in Fall 2 unserer Übersicht I (231) die Möglichkeit, die Geldwertforderung (232) seines

---

(229) Vgl. hierzu schon Lippmann, Rückwirkung, S. 532, 533: "Die Bestimmung in § 393 hat indessen ..... einen Anhauch des öffentlichen Rechts an sich erfahren. Das dem Beschädigten vorsätzlich zugefügte Unrecht soll wegen der darin enthaltenen Gewalttätigkeit gegen die Rechtsordnung selbst nach jeder Richtung und vollständig gesühnt werden ..... Es soll auch zwingendes Recht für die Entschädigungsfrage sein".

(23o) Vgl. oben Seite 1o FN 3o.

(231) Siehe oben Seite 63. Die dort als Beispiele angeführten Zahlen passen hier natürlich nicht, da sie die Pfändungsfreibeträge weit überschreiten, vgl. §§ 85o ff. ZPO.

(232) Die z. B. aus einer von A fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung stammt; denn nach ständiger Rechtsprechung kann der Dienstberechtigte etwa gegen eine eigentlich unpfändbare Forderung des Arbeitnehmers A mit einer Gegenforderung aus einer von letzterem im Rahmen des Dienstverhältnisses begangenen vorsätzli-

Schuldners B, welche sich nach dem Eintritt der Aufrechnungslage erhöht hat, durch die nur ihm gestattete Aufrechnung auf das ursprüngliche Deckungsverhältnis zurückzuführen; denn mit seiner privilegierten Forderung kann er ja aufrechnen (233). B hat also nichts von seinem Forderungszuwachs. Sinkt hingegen die Forderung des B (234), so wird A diese zu ihrem niedrigeren derzeitigen Wert erfüllen und seine eigene Forderung dann geltendmachen, ohne daß es dem B gestattet ist, seinerseits durch Aufrechnung das ihm günstigere frühere Deckungsverhältnis zur Anwendung zu bringen.

Das wird noch deutlicher, wenn darüberhinaus auch die Forderung des A steigt; denn wenn es sich bei den Forderungen nach § 394 auch regelmäßig um Geldsummenforderungen handelt, so haben wir doch gesehen, daß auch diese steigen können (235). Er kann dann im Vertrauen auf sein alleiniges Aufrechnungsrecht abwarten, wie die Entwicklung der einander gegenüberstehenden Forderungen verläuft, um dann je nach dem durch Aufrechnung oder Erfüllung und anderweitige Geltendmachung der eigenen Forderung das ihm vorteilhafteste Deckungsverhältnis herauszusuchen (236). Es kann also der Gläubiger der Geldsummenforderung regelrecht auch mit der von ihm geschuldeten Geldwertforderung spekulieren (237).

---

chen unerlaubten Handlung aufrechnen, da sonst ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, vgl. RGZ 85, 116; 123, 8; BGHZ 3o, 38; BAG NJW 196o, 159o. Vgl. auch den Aufsatz von Krönig a.a.O.

(233) Das ergibt der Umkehrschluß aus § 394 und folgt aus dem Zweck der Vorschrift. Es ist denn auch einhellige Meinung.

(234) Vgl. Fall 3.

(235) Siehe oben Seite 7 FN 2o und Seite 61, 62.

(236) Auf diesen Fall weisen auch G. und D. Reinicke hin, S. 365 l. Sp.

(237) Schon Goldschmidt, S. 15o ff., macht in anderem Zusammenhang auf die Spekulationsmöglichkeit des Schuldners auf Kosten des Gläubigers aufmerksam und schlägt vor, den § 283 des Entwurfes I zu streichen (vgl, oben Seite 13 FN 46). - Zu Härtefällen, die durch die Rückwirkung der Aufrechnung denkbar sind und die

Hier kann man im Gegensatz zu den von § 393 umfaßten Fällen nicht so ohne weiteres eine innere Rechtfertigung für die offensichtliche Bevorzugung derjenigen Partei finden, welche allein aufrechnungsbefugt ist.

Dennoch aber erscheinen auch hier die sich daraus ergebenden Folgerungen nicht als unbillig. Wir müssen nämlich bedenken, daß der Schuldner desjenigen Gläubigers, bei welchem ausschließlich das Aufrechnungsrecht liegt, regelmäßig zur alsbaldigen Erfüllung der gegen ihn gerichteten Forderung verpflichtet ist (238). Kommt er dieser seiner Verpflichtung nicht ungesäumt nach, dann ist es nur recht und billig, wenn ihn die hieraus erwachsenden Folgen zur Last fallen; denn er hat es in seiner Hand, ob er durch die in der Regel sowieso geschuldete alsbaldige Leistung "jeder Spekulation des Gläubigers den Boden entziehen will" (239). Daß allerdings eine solche schnelle Erfüllung auch gelegentlich nachteilig sein kann, zeigt

---

nichts mit der Frage der Gleichartigkeit oder einseitigen Aufrechnungsbefugnis zu tun haben, vgl. auch Weigelin, S. 166.

(238) Vgl. auch § 271 Abs. 1, wonach der Gläubiger sofort die Leistung verlangen und der Schuldner sie sofort bewirken kann, wenn für die Leistung eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist.

Es gibt allerdings Fälle, in denen zwar sofort der Schadenersatz- (= Geldwert-) Anspruch dem Grund nach entsteht, seine Bezifferung aber erst noch erfolgen muß, etwa durch Sachverständige usw. Hier ist dem Schuldner regelmäßig eine sofortige Erfüllung nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar. Auf der anderen Seite hindert ihn jedoch diese zunächst fehlende Erfüllungsmöglichkeit daran, einem Ansteigen seiner Schuld in der Zeit zwischen ihrer Entstehung und der endgültigen Bezifferung vorzubeugen. Dies ist aber unbedenklich, da solche weitere Folgen eben der Schuldner der Schadenersatzforderung auch zu tragen hat und man das nicht etwa zu Lasten des Gläubigers gehen lassen kann.

Vgl. aber auch Reichel, S. 314 ff., der insoweit abzulehnen ist.

(239) Grunsky, S. 104 r. Sp.

der Fall, daß die Geldwertforderung stetig ansteigt und ihr Schuldner A deshalb schleunigst aus Angst vor weiterer Zunahme erfüllt, dann jedoch für die Parteien völlig unerwartet, z. B. durch einen Börsensturz, die Forderung erheblich, ja vielleicht sogar unter ihren Wert bei Eintritt der Aufrechnungslage herabgesunken wäre (24o). Aber wie letzten Endes alle zukünftigen Entwicklungen ungewiß sind und der Versuch, sie in menschliche Berechnungen hereinzuziehen, zur Spekulation führen muß, so ist es eben auch hier das Risiko des Schuldners, wie sich die Forderungen gestalten, bzw. gestaltet hätten. Daß in gewissem Umfang bei jeder Aufrechnungslage - mag nun die Aufrechnungsbefugnis beiden Parteien oder nur einer von ihnen zustehen - "spekulative Momente" hereinspielen, habe ich schon gezeigt (241), so daß hierin nichts unbilliges gefunden werden kann.

4) Abgesehen davon ist jedoch der Lösungsvorschlag von G. und D. Reinicke gar nicht geeignet, dieses von ihnen als unbillig empfundene Ergebnis zu vermeiden (242).

a) Sie gehen nämlich nur davon aus, daß sich eine Geldsummen- und eine Geldwertforderung gegenüberstehen. Dann allerdings erscheint ihre Lösung - läßt man einmal die Frage der behaupteten Unbilligkeit völlig außer Betracht - verwendbar zu sein, da in diesem Falle eine Aufrechnungslage mangels Gleichartigkeit zunächst nicht gegeben ist (243). Erst die Aufrechnungserklärung "fixiert"

(24o) Im letzteren Fall hätte B durch seine Aufrechnungserklärung zumindest das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungslage in Anwendung bringen können.

(241) Siehe oben Seite 67, 68.

(242) Hierauf weist Grunsky, S. 1o4, hin. Vgl. denselben auch zu folgendem.

(243) Eine Eigentümlichkeit liegt bei dieser Meinung darin, daß die Aufrechnungserklärung abgegeben werden kann, obwohl wegen des Fehlens einer Aufrechnungslage genau genommen ein Aufrechnungsrecht nicht entstanden ist, vgl. oben Seite 5o und FN 178; denn erst die Aufrechnungserklärung soll ja nach der Meinung von G. und D. Reinicke durch die Schaffung der Gleichartigkeit der Forderungen die Aufrechnungslage - und damit das Aufrechnungsrecht - erzeugen.

die veränderliche Geldwertforderung auf einen bestimmten Betrag, auf eine feste Geldsumme, mit der Folge, daß die Aufrechnungslage durch die Aufrechnungserklärung herbeigeführt wird und zeitlich mit ihr zusammenfällt. Dann kann aber jeweils nur das Deckungsverhältnis zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung maßgebend sein (244). Die Konsequenz hieraus zeigt sich, wenn wir uns die in unserer Übersicht I aufgezeigten Fälle (245) vergegenwärtigen: nach wie vor kann der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger der Geldwertforderung (246) eine ihm günstig erscheinende Entwicklung seiner eigenen Forderung abwarten, um bei deren Höchststand durch die Aufrechnungserklärung die Gleichartigkeit und damit Aufrechenbarkeit herzustellen, wodurch wiederum die Forderungen in dem Deckungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt erlöschen. Sinkt hingegen die Geldwertforderung, so hat es nach dem Lösungsvorschlag von G. und D. Reinicke ihr - allein aufrechnungsberechtigter - Gläubiger nicht in der Hand, durch seine Erklärung das ursprüngliche, höhere Deckungsverhältnis zur Anwendung kommen zulassen ; denn § 389 bezieht die Wirkungen der Aufrechnungserklärung nur auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zurück, letztere fällt aber mit der Erklärung zusammen.

b) Diese scheinbar zu recht annehmbaren Ergebnissen führende Lösung hat nur den entscheidenden Schönheitsfehler, daß sie die Fälle außer Acht läßt, in denen sich auf beiden Seiten Geldwertforderungen gegenüberstehen und nur eine Partei aufrechnungsberechtigt ist, so etwa, wenn A gegen B einen Schadenersatzanspruch aus einer fahrlässig, B aber gegen A einen solchen Anspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung hat und folglich nur er gemäß § 393 aufrechnen kann:

---

(244) Vgl. oben Seite 12, besonders FN 4o.

(245) Siehe oben Seite 63.

(246) Oder der allein aufrechnungsberechtigte Schuldner der Geldwertforderung, vgl. oben Seite 71 ff.

Übersicht II (247)

	Geldwertforderung a			Geldwertforderung b		
Fall	gleich	gest.	ges.	gleich	gest.	ges.
1	1000			1000		
2	1000				2000	
3	1000					500
4		1500		1000		
5		1500			2000	
6		1500				500
7			500	1000		
8			500		2000	
9			500			500

Wir können zu den bei dieser Fallgestaltung gegebenen Möglichkeiten zunächst einmal auf die Ausführungen zur einseitigen Aufrechnungsbefugnis beim Gegenüberstehen von Geldwert- und Geldsummenforderungen verweisen (248).

Hier sind aber noch krassere Ergebnis denkbar, wenn nämlich die Forderungen sich gegensätzlich, wie etwa in den Fällen 6 und 8 der Übersicht II entwickeln. So wird in Fall 6 der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger B mit seiner Aufrechnungserklärung das ursprüngliche Deckungsverhältnis von 1000 : 1000 bei Eintritt der Aufrechnungslage zugrundelegen: die Forderungen erlöschen völlig, während andernfalls B an A noch 1000 zu leisten hätte.

Ist hingegen umgekehrt, wie in Fall 8, die Gegenforderung b gestiegen und die Hauptforderung a gesunken, so wäre eine Aufrechnung für B denkbar unklug, da die Forderungen in Höhe des früheren Deckungsverhältnisses restlos getilgt würden, während er für den Fall der Erfüllung von a in Höhe von nur noch 500 selbst 2000 geltendmachen und damit einen "Gewinn" von 1500 verbuchen kann.

---

(247) Siehe oben Seite 63 FN 216.
(248) Vgl. oben Seite 68 ff.

Demnach kann auch hier der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger im Vertrauen auf sein Aufrechnungsrecht zuwarten, wie die Forderungen sich entwickeln in der Gewißheit, auf jeden Fall kein Absinken seiner Forderung unter die Höhe des Deckungsverhältnisses beim Eintritt der Aufrechnungslage befürchten zu müssen, es sei denn, daß ihm A mit der Erfüllung zuvorkommt, so daß dann beispielsweise in Fall 6 der A es wäre, welcher noch 1500 zu fordern hätte.

Wir finden uns deshalb vor derselben Situation, wie wir sie bereits beim Gegenübertreten von Geldsummen- und Geldwertforderungen angetroffen haben, wenn nur eine Partei aufrechnen kann.

Einmal abgesehen davon, daß ich aus den schon dargelegten Gründen hierin nichts sehen kann, was unbillig und damit zu vermeiden wäre, legt diese Fallgestaltung die Unbrauchbarkeit der Meinung von G. und D. Reinicke offen. Diese können nämlich beim Gegenüberstehen von Geldwertforderungen bei nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis einzig und allein dann die von ihnen als untragbar empfundenen Ergebnisse vermeiden, wenn sie auch die Geldwertforderungen untereinander als ungleichartig ansehen.

Es ist zwar zuzugeben, daß damit gewissen Spekulationsmöglichkeiten ein Riegel vorgeschoben wäre. Aber rufen wir uns doch erneut den Zweck der Rückwirkung in Erinnerung (249): sie soll mit Rücksicht auf das bei Eintritt der Aufrechnungslage sich bei den Parteien ergebende berechtigte Vertrauen auf ein Freiwerden von Schuld und Forderung - soweit sie sich decken - Folgen beseitigen, die aus der in eben diesem Vertrauen beruhenden Nichterfüllung der eigenen Verbindlichkeit erwuchsen. Mit anderen Worten hat also letzten Endes die Rückwirkung immer dann und nur dann Bedeutung, wenn beide oder eine der Forderungen sich verändern. Demnach wäre die zwangsläufige Folge der Verneinung der Gleichartigkeit von sich gegenüberstehenden

---

(249) Vgl. oben Seite 17, 18.

Geldwertforderungen, daß gerade bei ihnen, für die doch die Möglichkeit der Veränderung sowohl nach unten als auch nach oben kennzeichnendes Merkmal darstellt (25o), die Rückwirkung nicht Platz greifen könnte, während sie für den Fall des Gleichbleibens der Forderungen sowieso uninteressant ist (251).

Es ist aber auch ohne diese zusätzlichen Bedenken nicht einzusehen, warum Geldwertforderungen untereinander nicht gleichartig sein sollen, da beide auf den gleichen Gegenstand "Geld" gerichtet und beide veränderlich, also auch insofern gleichartig sind.

Müssen wir die Gleichartigkeit von Geldwertforderungen bejahen mit der Folge, daß sie dann - zumindest bei beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis - mit rückwirkender Kraft aufgerechnet werden können, so gibt es keinen vernünftigen Grund, warum nicht auch Geldsummen- und Geldwertforderungen gleichartig sein sollen, da wir ja gesehen haben, daß zwischen beiden sich kein Unterschied ergibt.

Endlich erhebt sich gegen die bekämpfte Meinung noch ein weiterer Einwand, den weder G. und D. Reinicke noch Grunsky erwähnen. Wir haben bereits gezeigt, daß auch die Geldsummenforderung steigen kann (252), z. B. durch einen Verzugsschaden. Dieser Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens (253) ist ebenfalls ein "echter" Schadenersatzanspruch und begründet demzufolge eine Geldwertforderung (254) mit all deren Besonderheiten. Die Folge davon ist,

---

(25o) Vgl. oben Seite 6.

(251) So zu Recht Grunsky, S. 1o4 r. Sp., der darauf hinweist, daß die bekämpfte Auffassung den Zweck der Rückwirkung nur noch beim Gegenüberstehen verschieden hoch verzinslicher Geldsummenforderungen erreicht.

(252) Vgl. oben Seite 7 FN 2o.

(253) § 286.

(254) Siehe oben Seite 5, 6.

daß die etwa durch Verzugsschäden erhöhte Forderung (255) sich aus der "eigentlichen Grundforderung", die sich als Geldsummenforderung, und der (Verzugs-) Schadenersatzforderung, die sich als Geldwertforderung darstellt, zusammensetzt.

Berücksichtigt man das so müßten G. und D. Reinikke bei ihrer Meinung dazu kommen, daß zumindest die Aufrechnung mit oder gegen denjenigen Teil der Geldsummenforderung a mit Rückwirkung zulässig sein muß, welcher der Geldwertforderung b gegenübersteht (256); denn daß Geldwertforderungen ungleichartig sein sollen, wird nicht einmal von ihnen behauptet (257). Man kann diese zwangsläufige Konsequenz aus der Unterscheidung von Geldsummen- und Geldwertforderung auch nicht mit der Annahme vermei-

---

(255) Verzug begründet ferner den Anspruch auf Verzugszinsen, § 288. Selbst wenn man darin einen Schadenersatz sieht - Palandt-Danckelmann, § 288 Anm. 1, bezeichnen den Zinsanspruch im Anschluß an RGZ 92, 284 und BGH NJW 1953, 337 als "gesetzlichen Mindestschaden" - so ist er doch von vornherein auf einen festen Betrag, entsprechend Zeit und Zinssatz, gerichtet und somit trotz seines Charakters eines Schadenersatzanspruches wohl keine Geldwertforderung.

(256) Man halte sich etwa folgenden Fall vor Augen: A ist Gläubiger einer Geldsummenforderung a von 1000, mit deren Erfüllung ihr Schuldner B in Verzug kommt, wodurch dem A ein Schaden von 500 erwächst, B hat seinerseits aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung einen Schadenersatzanspruch gegen A von 1000, der auf 1300 ansteigt.
Nach G. und D. Reinicke sind a und b nicht gleichartig, die allein dem B mögliche Aufrechnung wirkt nicht zurück, so daß das Deckungsverhältnis von 1500 : 1300 zur Anwendung käme, Verzugsfolgen würden also mangels Rückwirkung nicht behoben. Da aber der "eigentliche" Verzugsschaden von 500 der Geldwertforderung b gleichartig sein müßte, hätte die Aufrechnungserklärung des B zur Folge, daß sie auf den Zeitpunkt des Eintritts des Verzugsschadens zurückwirkt.

(257) Was, wie gezeigt, von ihnen inkonsequent ist, da sie die von ihnen als unbillig angesehenen Ergebnisse zu vermeiden sonst außer Stand sind.

den, daß etwa die Verzugsschadenforderung der "ursprünglichen" Geldsummenforderung "zuwächst" und hierdurch ihres Charakters einer Geldwertforderung verlustig geht.

Wieviel einfacher und auch praktikabler ist es hingegen, die Gleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderungen anzunehmen, da dann übersichtliche Verhältnisse geschaffen werden: sind die sonstigen Voraussetzungen erfüllt, tritt die Aufrechnungslage ein, welche das Aufrechnungsrecht gibt, dessen Ausübung auf den Zeitpunkt des Eintretens der Aufrechnungslage zurückwirkt. Damit ist die eigenartige, gekünstelt anmutende "Aufspaltung" der Geldsummenforderung, wenn sie etwa durch einen Verzugsschaden sich erhöht, vermieden.

c) Aus den vorstehenden Ausführungen können wir zusammenfassend entnehmen, daß zunächst die bei Annahme der Gleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderungen der allein aufrechnungsberechtigten Partei erwachsende Spekulationsmöglichkeit nicht unbillig erscheint. Auch die Verneinung der Gleichartigkeit ist ungeeignet, ein solches Ergebnis - den Gesichtspunkt der Billigkeit außer Acht gelassen! - zu vermeiden, da durch die hierzu notwendige Ablehnung der Gleichartigkeit auch von Geldwertforderungen untereinander einmal die Rückwirkung so gut wie bedeutungslos und zum andern eine eigentümliche "Aufspaltung" einer durch Schadenersatzansprüche gestiegenen Geldsummenforderung die Folge wäre. Endlich aber ist an Hand unserer obigen Beispiele nachgewiesen, daß das von G. und D. Reinicke als unbillig empfundene Ergebnis einer gelegentlichen Spekulationsmöglichkeit überhaupt nichts mit der Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit von Geldsummen- und Geldwertforderung zu tun hat, sondern einzig und allein - keineswegs unbilliger - Ausfluß einer vom Gesetz einseitig gewährten Aufrechnungsbefugnis ist (258).

---

(258) Ebenso Grunsky, S. 1o4 r. Sp.

Daraus wiederum müssen wir dann den Schluß ziehen, daß die Unterscheidung der Begriffe Geldsummen- und Geldwertforderung zumindest im Recht der Aufrechnung nicht nur ohne Nutzen ist, sondern sogar zu unbefriedigenden Ergebnissen zu führen geeignet ist. Ich stehe daher nicht an, von dieser Unterscheidung für die Aufrechnung gänzlich abzusehen (259); eines Eingehens auf die von der bekämpften Meinung noch herangezogenen Argumente aus der Frage, "welche Wirkung die Aufrechnung hat, wenn dem Schuldner einer nicht effektiven Fremdwährungsforderung eine auf inländische Währung lautende Gegenforderung gegen seinen Gläubiger zusteht" (26o), bedarf es nicht mehr (261).

K a p i t e l 4

I. Wenden wir uns nun der Untersuchung zu, ob an unserer oben erarbeiteten Feststellung, wonach regelmäßig das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage gilt, auch für den Fall festzuhalten ist, daß nur eine der beiden Parteien aufrechnen kann.

Diese Frage birgt allerdings keine Schwierigkeit, wenn die sich gegenüberstehenden Forderungen ihrer Höhe nach nicht verändert haben, da dann ja auch das Deckungsverhältnis gleich geblieben ist.

1) Anders verhält es sich hingegen, wenn sich in der Zeit vom Eintritt der Aufrechnungslage (262) bis zur Abgabe der Aufrechnungserklärung eine der Forderungen oder gar beide unterschiedlich entwickelt haben.

---

(259) Aus diesen Gründen konnten wir die oben Seite 11 in FN 38 angedeuteten Bedenken unbeachtet lassen.

(26o) G. und D. Reinicke, S. 365 l. Sp.

(261) Vgl. hierzu auch Smoschewer a.a.O.; Reichel a.a.O.; Henn, a.a.O.; Blomeyer, S. 277.

(262) Es sei daran erinnert, daß Geldwert-und Geldsummenforderung als solche m. E. gleichartig sind!

Zum besseren Verständnis soll auf den schon angeführten Ausgangsfall verwiesen werden, daß A gegen B aus einer von diesem fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung und B gegen A einen Schadenersatzanspruch hat, der aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des A stammt, so daß nur B gemäß § 393 zur Aufrechnung befugt ist (263). Für die nach dieser Fallgestaltung denkbaren verschiedenen Entwicklungsmöglichkeiten der beiden Forderungen kann auf die Übersicht II (264) Bezug genommen werden.

a) Wenn man von deren Fall 2 ausgeht, der dem vom Bundesgerichtshof (265) entschiedenen Sachverhalt im wesentlichen entspricht, so ergibt sich für den allein aufrechnungsberechtigten Gläubiger/Schuldner B die Lage, daß seine Aufrechnungserklärung gemäß § 389 auf den Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zurückwirken würde und damit auch nur das ursprüngliche Deckungsverhältnis von 1ooo : 1ooo entscheidend wäre. Das Anwachsen der Forderung b um 1ooo auf 2ooo bliebe also unbeachtlich; denn beide Forderungen würden auf Grund der Rückwirkung in voller Höhe restlos getilgt werden. Die selbstverständliche Folgerung für B ist dann, statt aufzurechnen die Hauptforderung a in Höhe von 1ooo zu erfüllen (266) und seine eigene Forderung von 2ooo zu realisieren, damit er in den vollen Genuß des Unterschiedsbetrages kommt. Macht er also von dem ihm allein zustehenden Aufrechnungsrecht, wodurch er dem Gläubiger der Hauptforderung gegenüber begünstigt wird, Gebrauch, so wirkt sich diese Privilegierung nachteilig für

---

(263) Dieser Beispielsfall empfiehlt sich deshalb, weil eine Geldsummenforderung im Gegensatz zur Geldwertforderung, wie schon früher ausgeführt, regelmäßig nur steigen, nicht aber sinken kann; vgl. jedoch auch oben Seite 62 FN 215.

(264) Siehe oben Seite 76.

(265) BGHZ 27, 123.

(266) Vorausgesetzt ist immer, daß A nicht seinerseits vorher von dem ihm obliegenden Recht und von der Verpflichtung zur Erfüllung Gebrauch macht.

ihn gerade dann aus, wenn er sich ihrer bedient: ein widersinniges Ergebnis, das letzten Endes darauf hinausläuft, dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht zu versagen (267). Vielmehr wäre der Gläubiger zur Erfüllung der Haupt- und Geltendmachung der Gegenforderung gezwungen, wodurch - abgesehen von dieser durch nichts gerechtfertigten Umständlichkeit - der zumindest auch vom Gesetz angestrebte Zweck hinfällig würde, Leistungsverschiebungen zu vermeiden, die unter Umständen teilweise sogar wieder rückgängig gemacht werden müßten (268).

b) Ein weiterer beachtlicher Gesichtspunkt ist, daß der nicht aufrechnungsberechtigte Schuldner keinerlei Möglichkeit hat, den Gläubiger zur Abgabe der Aufrechnungserklärung zu zwingen (269) und daß er sich deshalb auch nicht dagegen wehren kann, wenn dieser - statt aufzurechnen - seine, des A, Hauptforderung erfüllt und die eigene Forderung anderweitig geltendmacht (27o). Es stehen also keine schutzwürdigen Interessen des Schuldners des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers auf dem Spiel, wenn man hier dessen Aufrechnungserklärung scheinbar entgegen § 389 die Rückwirkung versagt (271).

2) Tatsächlich widerspricht aber eine solche Auffassung gar nicht dieser Bestimmung. § 389 geht, wie ausführlich aufgezeigt wurde (272), von dem Fall aus, daß beide Parteien aufrechnungsberechtigt sind. Dann dürfen sie mit

---

(267) BGHZ 27, 123 und Grunsky, S. 1o5 l. Sp.

(268) Siehe oben Seite 1o, besonders FN 33.

(269) Vgl. hierzu auch Reichel, S. 314 ff.

(27o) Was für den Schuldner A der Gegenforderung oft weit unangenehmer ist, da die Aufrechnung ja durch nur einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung zustandekommt, andernfalls bei der Realisierung der Gegenforderung aber noch erhebliche Aufwendungen, wie Gerichtskosten usw. hinzukommen können, die regelmäßig ebenfalls der Schuldner A zu tragen hat.

(271) Hierzu und zu folgendem vgl. auch jeweils BGHZ 27, 123 und Grunsky.

(272) Vor allem oben Seite 17, 18.

gutem Grund sich darauf verlassen - soweit die Forderungen sich decken -, sich nichts mehr zu schulden und nichts mehr fordern zu können, also quitt zu sein. Das ist die Erklärung für die Erfahrungstatsache, daß in diesem Falle die Parteien regelmäßig mit der Ausübung des ihnen zustehenden Aufrechnungsrechts solange warten, bis ihnen der Gegner dazu Anlaß gibt, indem er seine Forderung geltendmacht. Da es dann grob unbillig wäre, die Wirkung der Aufrechnungserklärung nicht auf den Zeitpunkt zurückzubeziehen, an den die eben ins Gedächtnis gerufene Einstellung der Parteien anknüpft, hat der Gesetzgeber gerechterweise in § 389 die Rückwirkung angeordnet.

Daraus erhellt, daß diese Rechtfertigung der Rückwirkung ihrer Grundlage entbehrt, wenn nur noch eine Partei aufrechnen kann. Der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger/Schuldner darf dann damit rechnen, daß er durch die ihm allein mögliche Aufrechnung die etwa angestiegene Hauptforderung a auf ihren "ursprünglichen" Betrag - d. h. auf ihre Höhe bei Eintritt der Aufrechnungslage - zurückschrauben (273) oder für den Fall des Absinkens der eigenen Gegenforderung b diese in ihrer alten Höhe zur Aufrechnung bringen kann (274). Demgegenüber muß der Schuldner A der Gegenforderung b sich darauf einstellen, daß er nicht dieselben Möglichkeiten der Aufrechnungserklärung hat, - ja, er muß darüberhinaus darauf gefaßt sein, daß sein Gläubiger nach Erfüllung seiner - des A - Hauptforderung, von ihm seinerseits Erfüllung der Gegenforderung begehrt, wogegen er nichts tun kann.

a) Allerdings wäre hiergegen der Einwand denkbar, daß es Fälle gibt, in denen der allein zur Aufrechnung befugte Gläubiger mit seiner Forderung zwar noch aufrechnen, sie aber nicht mehr anderweitig geltendmachen, bzw. der Schuld-

---

(273) Vgl. Fall 4 und 6 der Übersicht II auf Seite 76.
(274) Vgl. Fall 3, 6 und 9 der Übersicht II.

ner die Leistung verweigern kann: nämlich im Falle ihrer Verjährung (275), was weder der BGH noch Grunsky würdigen. Hier hat der Gläubiger demnach nur die Möglichkeit der Aufrechnung, und wenn auch sein Recht auf sonstige Geltendmachung seiner Forderung nicht ausgeschlossen ist, so läuft es im wirtschaftlichen Ergebnis (276) doch darauf hinaus, da er vernünftigerweise z. B. nicht in Gefahr laufen will, einen Prozeß anzustrengen, in dem dann die Einrede der Verjährung mit regelmäßig klageabweisender Wirkung erhoben wird (277).

Zunächst liegt es auf der Hand, daß es sich um einen Sonderfall handelt, der für die Fälle, in denen die Gegenforderung nicht verjährt ist und die sicher die überwiegende Mehrzahl darstellen, zu keinem Abgehen von unserer Meinung nötigt, daß hier das Deckungsverhältnis zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung maßgeblich ist. Aber auch dann, wenn ein Fall wie der ebengenannte zur Entscheidung ansteht, erscheint es unbillig, das Deckungsverhältnis zum Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage zur Anwendung kommen zu lassen; denn wiederum muß man sich hier darauf besinnen, was in aller Regel der Grund für das Verjährenlassen der Gegenforderung seitens ihres Gläubigers ist: das Vertrauen darauf, nichts mehr wegen der möglichen Aufrechnung zu schulden, und weil es ihm unverständlich erscheinen würde, nur deshalb vor Vollendung der Verjährung noch schnell die Hauptforderung erfüllen oder aufrechnen zu müssen, weil andernfalls nach Eintritt der Verjährung trotz der ihm nach § 390 Satz 2 nach wie vor möglichen Aufrechnung auf einmal nicht etwa mehr das ihm unter Umständen günstigere Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrech-

---

(276) Vgl. die Ausführungen und Nachweise zu § 390 Satz 2: oben Seite 32, vor allem FN 118.

(277) Jeweils vorausgesetzt, daß der Gläubiger (hier Kläger) vorher die Hauptforderung erfüllt hat.

nungserklärung, sondern das "ursprüngliche" bei Eintreten der Aufrechnungslage maßgeblich sein soll. Für eine derartige unterschiedliche Behandlung fehlt es an einer inneren Rechtfertigung.

Das bedeutet weiter, daß entgegen der sonst in den Fällen des § 389 gegebenen psychologischen Situation der Schuldner des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers der Gegenforderung nicht davon ausgehen darf, "nichts mehr zu schulden". Darin liegt für ihn die Notwendigkeit, auch auf eine Erhöhung der Gegenforderung seit Eintritt der Aufrechnungslage eingestellt zu sein. Er kann sich also nicht darauf verlassen, man habe im Ausmaß des ursprünglichen Deckungsverhältnisses gegeneinander keine Forderungen mehr und daß er eine Verschiebung, vor allem zu Gunsten seines Gläubigers, sich nicht entgegenzuhalten lassen brauche. Will er einer ihm ungünstigen Entwicklung der Forderungen vorbeugen, so muß er eben seiner ihm sowieso obliegenden Pflicht zur alsbaldigen Erfüllung nachkommen.

Ich sehe daher auf Grund dieser Erwägungen, die sich im wesentlichen mit den Ausführungen des Bundesgerichtshofes decken, keinen Anlaß, von dessen Entscheidung insoweit abzuweichen, als er im Falle nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis das Deckungsverhältnis zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung für maßgebend ansieht (278).

II. 1) Damit ist allerdings nur das Schicksal der Gegenforderung geklärt. Was nun die sich hier aufdrängende Frage nach dem anzuwendenden Deckungsverhältnis für die Hauptforderung - also die Forderung, gegen die der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger der Gegenforderung aufrechnet - anlangt, so äußert sich das genannte Urteil hierüber nicht ausdrücklich. Es spricht zwar in Tenor und

---

(278) Ebenso Lehmann, JZ 1958, 504; Esser, S. 312, und Grunsky. Daß G. und D. Reinicke auf einem anderen, abzulehnenden Weg zu demselben Ergebnis kommen, wurde schon ausgeführt; vgl. oben Seite 12 FN 4o.

Entscheidungsgründen davon, "daß die Forderungen (!) in dem Umfang erloschen sind, in dem sie sich zur Zeit der Aufrechnungserklärung gedeckt haben". Es ist jedoch fraglich, ob das nicht ein bloßes "obiter dictum" darstellt, da es an anderer Stelle in den Entscheidungsgründen heißt: "Die Aufrechnung hat ..... lediglich bewirkt, daß die Schadenersatzforderung (!) in dem Umfang erloschen ist, in dem sie sich im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung mit der Forderung des Klägers gedeckt hat". Für die letztere Annahme scheint zudem die Erwägung zu sprechen, daß das Gericht in einer so wichtigen Frage, deren Lösung keineswegs - wie wir noch sehen werden - auf der Hand liegt, kaum derart ohne weitere Begründung auch über das Schicksal der Hauptforderung befinden wollte (279).

Man könnte nun mit Rücksicht auf unser vorstehendes Ergebnis für das maßgebliche Deckungsverhältnis hinsichtlich der Gegenforderung des allein aufrechnungsberechtigten Gläubiger/Schuldners B zu der Meinung neigen, daß dann auch für die Hauptforderung zwangsläufig dasselbe Deckungsverhältnis zu gelten hat, da das Gegenüberstehen der Forderungen sich jeweils nach dem gleichen Zeitpunkt beurteilen müsse (28o).

Der folgende Fall zeigt uns allerdings, daß eine solche Auffassung zu ungerechten Folgerungen nötigt: man denke sich den Fall 5 unserer Übersicht II derart verändert, daß a stärker gestiegen ist als b, also b von 1ooo auf 15oo, a hingegen von 1ooo auf 2ooo angewachsen ist.

Wollte man hier, da für b bei alleinigem Aufrechnungsrecht des B das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungserklärung entscheidend ist, das gleiche für a gelten lassen, so wäre die logische Konsequenz, daß die Aufrechnungserklärung des B die stärker angestiegene Forderung a

---

(279) Grunsky, S. 1o5 l. Sp., ist anderer Meinung.

(28o) Vgl. oben Seite 65.

nicht auf ihre ursprüngliche Höhe von 1000 zurückführen könnte und er infolgedessen immer sich ihrem Endbetrag von nunmehr 2000 gegenüber sähe.

Wir haben aber bereits oben gesehen, daß die alleinige Befugnis zur Aufrechnung gleichzeitig eine gerechtfertigte Privilegierung dieses Gläubigers zum Inhalt hat, die sich jedoch bei der hier bekämpften Meinung in ihr Gegenteil verwandeln würde. Das zeigt sich noch krasser, wenn nun auch der Gläubiger A der Hauptforderung a aufrechnen kann; denn dann bestünde aus den aufgezeigten Gründen kein Anlaß, die Rückwirkung des § 389 entfallen zu lassen und es käme mithin wieder das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage zur Anwendung. Soll aber der Gläubiger der Gegenforderung durch das ihm allein gewährte Recht zur Aufrechnung besser gestellt werden, so wäre es unsinnig, ihm die Möglichkeit zu versagen, für die stärker angestiegene Hauptforderung deren ursprüngliches Deckungsverhältnis maßgeblich werden zu lassen.

2) Dazu kommt endlich wiederum der Gesichtspunkt der in Anbetracht der Aufrechnungslage bei nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis bei den Parteien vorhandenen inneren Einstellung. Haben wir nämlich oben gesehen, daß der Schuldner A der Gegenforderung b nicht davon ausgehen kann, dem Gläubiger B nichts mehr zu schulden, so ist es auf der anderen Seite doch so, daß letzterer mit Rücksicht auf die ihm allein zustehende Möglichkeit der Aufrechnung vom Eintritt der Aufrechnungslage an sich nicht mehr als Schuldner des A zu betrachten braucht. Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß jede Aufrechnungslage spekulative Momente in sich birgt (281), so ist doch nicht zu übersehen, daß der Eintritt der Aufrechnungslage der Zeitpunkt ist, an den sich das Vertrauen der - jedenfalls

---

(281) Siehe oben Seite 67, 68.

aufrechnungsberechtigten - Partei knüpft, nichts mehr zu schulden (282).

Aus diesen Gründen kann der Ansicht von G. und D. Reinicke (283) nicht beigepflichtet werden, daß wenn sich eine Geldwert- und eine Geldsummenforderung gegenüberstehen, der Gläubiger der ersteren sich nicht darauf verlassen darf, daß seine Forderung nicht mehr unter das ursprüngliche Deckungsverhältnis absinken könne (284) und er, um dem zu entgehen, aufrechnen muß.

3) Aus dem eben angeführten ergibt sich zugleich die Lösung derjenigen Fälle, in denen die Gegenforderung des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers B gegenüber ihrer Höhe bei Eintritt der Aufrechnungslage niedriger geworden ist (285). Ist nämlich demnach das Vertrauen auf das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungslage geschützt, so muß die Aufrechnungserklärung des allein zur Aufrechnung Berechtigten die Wirkung haben können, dieses "alte" Deckungsverhältnis maßgebend sein zu lassen, mit anderen Worten gilt dann für die abgesunkene Gegenforderung die Rückwirkung nach § 389. Dagegen kann der Gläubiger der niedriger gewordenen Hauptforderung (286) nicht die ihm hier ebenfalls günstigere Rückwirkung in Anspruch nehmen, da er mangels Aufrechnungsbefugnis sich nicht darauf verlassen kann, daß ihm

---

(282) Daß diese Ansicht jedoch nicht für den Fall des Ansteigens der Gegenforderung gilt, wurde schon nachgewiesen.

(283) Seite 366 l. Sp.

(284) Ebenso Grunsky, S. 105 FN 14. Wenn dieser allerdings als weiteres Gegenargument anführt, daß die bekämpfte Meinung sich ebensogut bei einer verzinslichen Geldsummenforderung vertreten ließe, so liegt darin m. E. insofern ein Unterschied, als der Zins regelmäßig eine festbestimmte, voraussehbare Größe ist, während die Entwicklung einer Geldwertforderung in keiner Weise vorauszusehen ist.

(285) Vgl. die Fälle 3, 6 und 9 der Übersicht II.

(286) Vgl. die Fälle 7, 8 und 9 der Übersicht II.

das frühere Deckungsverhältnis ungeschmälert erhalten bleibt (287). Daß dies nicht unbillig ist, ergibt sich daraus, daß er die Verpflichtung zur schnellen Erfüllung der Gegenforderung hat, wodurch einmal dem Gläubiger B das Aufrechnungsrecht genommen wird und er zum andern erreicht, daß er dann seinerseits die eigene Forderung a in ihrer Höhe zum Zeitpunkt der Erfüllung geltendmachen kann, er es also durchaus in der Hand hat, einem Wertverlust seines Anspruches vorzubeugen.

4) Zu guter Letzt bedarf es noch des Eingehens auf diejenigen Fälle, in denen sich - stets bei nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis zugunsten des B - die gegenüberstehenden Forderungen seit dem Eintritt der Aufrechnungslage unterschiedlich, gegensätzlich entwickelt haben, wo also die Hauptforderung a bei gleichzeitigem Absinken der Gegenforderung b ansteigt (288) oder umgekehrt (289).

Im ersten Fall ist es für B günstiger, das ursprüngliche Deckungsverhältnis von 1ooo : 1ooo maßgeblich sein zu lassen, damit die Forderungen in dieser Höhe getilgt sind; denn andernfalls müßte er - würde A bei diesem Stand der Forderungen erfüllen - noch 1ooo zahlen. Wir haben nun schon oben gesehen (29o), daß bei gegenseitigem Aufrechnungsrecht nach dem dann Platz greifenden § 389 das frühere Deckungsverhältnis bestimmend ist. Dieser Möglichkeit, das ihm günstigere Deckungsverhältnis herbeizuführen und die Hauptforderung wieder herunter zu drücken, kann der Gläubiger der Gegenforderung aber erst recht dann nicht verlustig gehen, wenn er durch das aus-

---

(287) Ich schließe mich auch hierin der Meinung von Grunsky, S. 1o5 r. Sp., an.

(288) Fall 6 der Übersicht II.

(289) Fall 8 der Übersicht II.

(29o) Seite 57.

schließlich ihm zustehende Recht zur Aufrechnung sogar noch bevorzugt wird. Die daraus zu ziehende Folgerung kann nur dahin gehen, daß in diesem Fall beide Forderungen unter Anwendung von § 389 nach Maßgabe des Dekkungsverhältnisses zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage, also mit der Wirkung ex tunc erlöschen.

Im entgegengesetzten Fall, wenn nämlich die Hauptforderung a sinkt und die Gegenforderung b steigt, ist es dem Gläubiger B der letzteren allein vorteilhaft, die Forderungen nicht rückwirkend, sondern lediglich ex nunc zu tilgen, da er dann, statt quitt zu sein, in unserem Zahlenbeispiel (291) noch 1500 "Überschuß" hätte.

Ist aus den oben bereits ausführlich gezeigten Gründen im Falle der Aufrechnung seitens B das Deckungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt anzuwenden, wenn sich die Gegenforderung b erhöht hat, so treffen diese nicht minder auch für den Fall zu, daß gleichzeitig die Hauptforderung a kleiner geworden ist. Auch hier kann der Schuldner A nichts weiter tun als dem B dessen Aufrechnungsrecht durch schnelle Erfüllung zu nehmen. Er kann sich jedoch nicht dagegen wehren, daß B die Hauptforderung a kurzerhand erfüllt und dann seine eigenen 2000 beansprucht. Es verhält sich im Ergebnis wiederum so, daß dann, wenn man hier dem B die Möglichkeit versagen wollte, mit der Wirkung ex nunc aufzurechnen, er zur Erfüllung gezwungen, das Aufrechnungsrecht letzten Endes also nutzlos und wirtschaftlich ihm verweigert wäre. - Er müßte demnach 500 zahlen und 2000 geltendmachen, was gerade einer der anerkannten Zielsetzungen des Rechtsinstituts der Aufrechnung zuwiderliefe, nämlich ein sinnloses, unwirtschaftliches Hin und Her gegenseitig geschuldeter Leistungen zu vermeiden (292).

5) Keine andere Frage wirft der Fall auf, daß bei-

---

(291) Fall 8 der Übersicht II.

(292) Vgl. oben Seite 10.

de Forderungen gesunken sind (293). Je nach dem, welches Ergebnis für ihn rechnerisch günstiger ist, wird der allein aufrechnungsberechtigte Gläubiger der Gegenforderung vorgehen. Auch hierbei sind Zahlenverhältnisse möglich, in denen ihm die Erfüllung der Hauptforderung günstiger als die Aufrechnung ist, dies aber wiederum einen überflüssigen Leistungsaustausch zur Folge hätte.

Nehmen wir an, die Hauptforderung a ist von 1000 auf 600, die Gegenforderung b von 1100 auf 900 abgesunken. Rechnet hier B auf, so würden an und für sich nach § 389 die Forderungen in Höhe von 1000 getilgt sein und er nur noch einen "Überschuß" von 100 haben. Demgegenüber kann er nach der Erfüllung von a seinerseits 900 beanspruchen, so daß die Differenz 300 beträgt. Auch hier wäre es ein unverständliches Ansinnen an B, erst die 600 leisten zu müssen. Demnach muß ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, die Aufrechnung unter Ausschaltung der Rückwirkung erklären zu können.

6 a) Betrachten wir die vorstehend gewonnenen Ergebnisse, so drängt sich noch die Frage auf, ob nicht auch in den Fällen zweiseitiger Aufrechnungsbefugnis der jeweils aufrechnenden Partei das Recht zustehen muß, zu bestimmen, mit welchem Deckungsverhältnis ihre Aufrechnung wirken soll, nämlich mit demjenigen zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage oder dem bei Abgabe der Aufrechnungserklärung; denn es besteht kein Zweifel, daß hier ebenfalls die Folgen der Rückwirkung eine Partei statt zur Aufrechnung vielmehr zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit und Geltendmachung der eigenen Forderung nötigen können(294).

Das zeigt sich etwa in Fall 6 unserer Übersicht II auf Seite 76. Da die Aufrechnung ohne Rücksicht darauf,

---

(293) Fall 9 der Übersicht II. Grunsky behandelt ihn nicht.

(294) BGHZ 27, 123 läßt diese Frage ausdrücklich offen.

von wem sie erklärt wird, die Forderungen nach Maßgabe des Deckungsverhältnisses bei Eintritt der Aufrechnungslage erlöschen läßt, ist hier für A die Erfüllung von b geboten. Die wirtschaftliche Folge davon ist, daß er hierdurch gezwungen wird, zunächst einmal 500 bar leisten zu müssen, um dann seine Forderung in Höhe von 1500 fordern zu können.

Es liegt auf der Hand, daß auch hierin ein unwirtschaftliches Hin- und Herschieben liegt, das vor allem dann als unbillig erscheinen könnte, wenn B kein "guter Schuldner" ist. Dann muß A entweder aufrechnen und von vornherein darauf verzichten, seine erhöhte Forderung a nach Erfüllung von b realisieren zu können, oder er läuft in Gefahr, gutes Geld für die unter Umständen höchst fragwürdige Chance der eventuellen Realisierung einzutauschen, ohne es vielleicht wieder zu sehen. Denken wir ferner daran, welche Zwecke die Aufrechnung nach heute wohl herrschender Meinung verfolgt (295), so würde hier der Gläubiger gezwungen, auf die Geltendmachung seines höheren Schadens zu verzichten, nur um seine ihm durch die eigene Forderung gegebene Sicherheit nicht aus der Hand geben zu müssen.

Zwar ist auch B aufrechnungsberechtigt. Er kann mit Rücksicht darauf sicher die Gewißheit haben, durch seine eigene Aufrechnungserklärung jederzeit die verhältnismäßig höher gestiegene Forderung a auf deren frühere Höhe herunterdrücken zu können (296). Er kann sich deswegen jedoch nicht darauf verlassen, daß ihm nicht A mit Erfüllung zuvorkommt, wodurch die beiderseits gegebenen Aufrechnungsrechte bekanntlich vernichtet werden. Hieraus folgt, daß das eigene Aufrechnungsrecht noch nicht dazu berechtigt, zu glauben, daß deswegen stets auch das ursprüngliche Dekkungsverhältnis entscheidend bleibt. Auf der anderen Seite muß ja dementsprechend auch A auf ein Zuvorkommen des B

---

(295) Vgl. oben Seite 8, 9 und FN 28.

(296) Oder die eigene, stärker gesunkene Forderung wieder zur alten Höhe bringen.

mit der diesem günstigeren Aufrechnungserklärung gefaßt sein.

Wir erkennen daraus, daß in unseren Fällen, in denen zwar beide Parteien aufrechnungsberechtigt sind, die Forderungen sich aber derart unterschiedlich entwickelt haben, daß für die eine Partei die Aufrechnung, für die andere hingegen die Erfüllung der gegenüberstehenden Forderung vorteilhafter ist, keine Partei dessen absolut sicher sein kann, daß sich in jedem Fall die Forderungen nach Maßgabe des Deckungsverhältnisses bei Eintritt der Aufrechnungslage beurteilen. Das ist etwas anderes als in den Fällen nur einseitiger Aufrechnungsbefugnis, in denen zwar auch der Schuldner des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers B erfüllen kann, das Gesetz jedoch letzteren dadurch bevorzugt, daß er in jedem Fall erst seine Forderung tatsächlich, realiter, erhalten soll, der Gedanke, zwecklosen Umsatz zu vermeiden, also bewußt vom Gesetzgeber beiseitegestellt wird.

b) Wenden wir diese Erkenntnis auf unser Beispiel an, so kann B jederzeit durch Aufrechnung ein (weiteres) Absinken seiner Forderung und ein (weiteres) Ansteigen seiner Schuld vermeiden, da sie dann nach dem alten Dekkungsverhältnis von 1000 : 1000 als erloschen gelten. Ebensogut muß er aber mit einer seiner eigenen Aufrechnung zuvorkommenden Erfüllung seines Schuldner/Gläubigers A rechnen, wogegen er sich nicht wehren kann (297). Es spielt demnach auch hier letzten Endes das schon nachgewiesene "spekulative Element" mit herein.

Berücksichtigt man das alles, so erscheint es unbefriedigend, trotz beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis stets und ausnahmslos die Rückwirkung eintreten zu lassen. Um dem Rechnung zu tragen, müßte daher A - statt 500 zu erfüllen und dann 1500 geltendzumachen - die Möglichkeit haben, dem B erklären zu können: "Da Du bis jetzt von der

---

(297) BGHZ 27, 123 und Grunsky, S. 105.

auch Dir möglichen Aufrechnung keinen Gebrauch gemacht hast, rechne nun ich auf nach Maßgabe des derzeitigen Deckungsverhältnisses von 1500 : 500, so daß ich von Dir noch 1000 bekomme; denn ich könnte Dir stattdessen die 500 einfach bar leisten" (298).

c) Für eine solche Lösung spricht ferner, daß ja der Schuldner der angewachsenen Forderung (in unserem Beispielsfall 6 also B) seinerseits auch die Möglichkeit der Aufrechnung hat, und zwar mit der Wirkung des § 389, der dem Rechnung trägt, daß B eben im Vertrauen auf die Aufrechnungslage eine Aufrechnungserklärung zunächst unterlassen hat. Die Folge für B ist lediglich, daß er schnellstens aufrechnen muß, um der Aufrechnungserklärung des A zuvorzukommen, die dieser demnach anstelle der ihm ja auch möglichen Erfüllung abgeben könnte mit der Bestimmung, daß sie ohne Rückwirkung eintreten soll.

d) Diesen indirekten Zwang zur schnellen Abgabe der Aufrechnungserklärung kann man nur für einen Gewinn für die baldige Klarstellung der Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien halten. Dadurch würde wenigstens zum Teil einem Umstand abgeholfen, der schon immer Gegenstand allgemeiner Kritik gewesen ist: nämlich dem Fehlen einer Frist zur Erklärung der Aufrechnung (299). Ferner ist nicht der Vorzug zu übersehen, sich den Vorwurf eines scheinbar unverständlichen und sinnlosen Formalismus zu ersparen, könnte der Gläubiger nicht ohne Rückwirkung aufrechnen, obwohl er mit der ihm sonst ja auch möglichen Erfüllung denselben Effekt hervorzubringen in der Lage wäre.

e) Trotz dieser nicht zu verkennenden Vorzüge glaube ich jedoch nicht, daß man sich den vorstehenden Erwägungen mit der Folge anschließen darf, daß auch in den

---

(298) Umgekehrt ist es z. B. in Fall 8 der Übersicht II.
(299) Vgl. die §§ 357 und 554 Abs. 2.

Fällen zweiseitiger Aufrechnungsbefugnis jeweils die zuerst aufrechnende Partei die Aufrechnung mit Wirkung des ihr günstigsten Deckungsverhältnisses erklären kann.

Die zwangsläufige Konsequenz wäre nämlich, daß die Rückwirkung in all den Fällen, in denen sie von Bedeutung ist - bei der Veränderung der Forderungen (300) - so gut wie nie zum Zuge käme; denn der Gläubiger, für den es günstiger ist, würde dann immer mit der Bestimmung aufrechnen wollen, daß eine Rückwirkung nicht Platz greifen, mit anderen Worten das derzeitige Deckungsverhältnis anstelle der ihm sonst möglichen Erfüllung maßgeblich sein soll. Keine Partei könnte sich mehr auf die Aufrechnungslage und vor allem darauf verlassen, daß seit dem aufrechenbaren Gegenübertreten der Forderungen etwa angelaufene Zinsen, entstandene Verzugsschäden oder verfallene Vertragsstrafen durch die Aufrechnungserklärung - von wem sie bei beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis auch immer kommen mag - wieder beseitigt werden. Wie sehr das doch so zu Recht in § 389 geschützte Vertrauen der Parteien in die Aufrechnungslage hinfällig würde, zeigt sich daran, daß die obige Meinung ja folgerichtig auch in den Fällen angewendet werden müßte, in denen sich verschieden hoch verzinsliche Forderungen gegenüberstehen.

Schließlich ist der Gesichtspunkt, den Austausch gegenseitig geschuldeter Leistungen zu ersparen, nicht so schwerwiegend (301), daß ihm der Vorrang vor der Rückwirkung einzuräumen wäre, wenn beide Parteien darauf vertrauen können, durch die ihnen mögliche Aufrechnungserklärung beide Forderungen rückwirkend zum Erlöschen bringen zu können.

Es ist vor allem in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß der Gläubiger, dem die Erfüllung günstiger wäre, es in seiner Macht hat, ob er die ihm durch seine eigene For-

---

(300) Vgl. oben Seite 77, 78.

(301) Daß dies auf jeden Fall nicht der Hauptzweck der Aufrechnung ist, wurde schon oben Seite 10 FN 33 gezeigt.

derung oder auch durch die fremde Schuld gegebene Sicherheit für die unter Umständen unsichere Möglichkeit einer Realisierung seiner erhöhten Forderung aufgeben will. Wenn er sich nicht mit dem begnügen mag, so soll es sein Risiko sein, wenn er die erhofften Vorteile nicht erlangen kann. Es besteht dann kein Anlaß, ihn dadurch zu bevorzugen, daß er ohne Rückwirkung aufrechnen kann (3o2).

III. Man kann in aller Regel davon ausgehen, daß eine Partei immer das ihr günstigere Ergebnis anstrebt. Mangels eines anderen - stillschweigend oder ausdrücklich erklärten - Willens des allein aufrechnungsberechtigten Gläubigers ist demnach stets dann, wenn die Aufrechnung erklärt wurde, das nach den vorstehenden Ausführungen dieser Partei vorteilhafteste Deckungsverhältnis oder Ergebnis zugrundezulegen. Es bedarf also nicht der besonderen Erklärung, ein bestimmtes Deckungsverhältnis in Anwendung bringen zu wollen, sofern das nicht aus irgendeinem Grunde gerade ausgeschlossen werden soll.

Wir kommen somit abschließend zu dem Ergebnis, daß dem fraglichen Urteil des Bundesgerichtshofes, soweit es zu unseren Fragen Stellung genommen hat, sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen ist, während die von G. und D. Reinicke hierzu versuchte Lösung mit Hilfe einer Unterscheidung von Geldwert- und Geldsummenforderungen für das Erfordernis der Gleichartigkeit abgelehnt werden muß.

(3o2) Vgl. ferner die Anmerkung von Lehmann, JZ 1958, 5o4, zu BGHZ 27, 123.
G. und D. Reinicke wenden auch bei beiderseitiger Aufrechnungsbefugnis das Deckungsverhältnis zur Zeit der Aufrechnungserklärung an, und zwar wiederum auf Grund der bereits abgelehnten Annahme der Ungleichartigkeit von Geldwert- und Geldsummenforderungen.

Zusammenfassend ergibt sich:

1. Grundsätzlich müssen alle Aufrechnungsvoraussetzungen auch bei Abgabe der Aufrechnungserklärung vorliegen. Dies gilt nicht für den nachträglichen Wegfall der bei Eintritt der Aufrechnungslage zunächst vorhanden gewesenen Gegenforderung.

2. Sind beide Parteien aufrechnungsberechtigt, so ist regelmäßig das Deckungsverhältnis zur Zeit des Eintritts der Aufrechnungslage maßgebend.

3. Kann nur eine der beiden Parteien aufrechnen, dann findet nach erklärter Aufrechnung das dieser Partei jeweils günstigere Deckungsverhältnis Anwendung.

4. Zur Anwendung des günstigeren Deckungsverhältnisses, wodurch § 389 ausgeschaltet werden kann, bedarf es keiner hierauf gerichteten ausdrücklichen Parteibestimmung.

==========

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 4. August 1934 in Bayreuth als Sohn des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Wilhelm H i e b e r und dessen Ehefrau Martha, geb. R a u h geboren.

Kindheit und Schulzeit verbrachte ich in Bayreuth, wo ich am 13. Juli 1954 am Humanistischen Gymnasium "Christian-Ernestinum" das Zeugnis der Reife erlangte.

Mein Studium der Rechtswissenschaften begann ich mit dem Wintersemester 1954/55 an der Universität Erlangen. Das Wintersemester 1955/56 und das Sommersemester 1956 verbrachte ich an der Universität Bonn. Nach einem Semester in München kehrte ich zum Sommersemester 1957 an die Universität Erlangen zurück, wo ich meine Studien am 2. Februar 1959 mit der Erlangung des Zeugnisses über die erfolgreich abgelegte erste juristische Staatsprüfung (Prüfungsgesamtnote: befriedigend = 4,04) abschließen konnte.

Meinen gesamten Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar leistete ich in Bayreuth ab, wobei ich Gelegenheit hatte, an zahlreichen Studienfahrten und Lehrgängen - u. a. in Paris, Wien, Berlin - teilzunehmen.

Nachdem ich am 22. April 1963 die zweite juristische Staatsprüfung 1962/II am Oberlandesgericht in Bamberg und beim Bayerischen Staatsministerium der Justiz in München mit der Prüfungsgesamtnote 3,15 (Platz 12 unter 315 Prüfungsteilnehmern) abgelegt hatte, fertigte ich in der Zeit von Mai bis Dezember 1963 meine Dissertation über das von mir vorgeschlagene und von Herrn o. ö. Professor Dr. J. Herrmann an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen-Nürnberg angenommene Thema: "Das Deckungsverhältnis bei der Aufrechnung mit und gegen Schadenersatzforderungen" an.

Mit Wirkung vom 9. September 1963 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Land- und dem Amtsgericht in Bayreuth zugelassen. Seit dem 15. Januar 1964 bin ich in Sozietät mit Herrn Rechtsanwalt Dr. Fr. Rosner in Bayreuth als Rechtsanwalt tätig.

Offsetdruck + Fotodruck
- J. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 -

Offsetdruck + Fotodruck

– J. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 –